Nº 21 - JUNIO 2021

Cuadernos Manuel Giménez Abad

21

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

SUMARIO

5 PRESENTACIÓN

6 NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO
MARIO KÖLLING

7 INFORME
LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA EN PAÍSES FEDERALES Y NO FEDERALES
por David Cameron

24 NOTA
EL SISTEMA FEDERAL DE CANADÁ ¿UN MODELO DE INTEGRACIÓN? CRISIS SECESIONISTA EN QUEBEC Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA FEDERAL
por Francisco Javier Romero Caro

27 NOTA
DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA A NIVEL ESTATAL Y MUNICIPAL EN MÉXICO: EL CASO DE PUEBLA
por Domingo Bautista Ruiz

33 NOTA
RESEÑA: RUPAK CHATTOPADHYAY /DIANA CHEBENOVA / PHILLIP GONZALEZ / FELIX KNÜPLING / LIAM WHITTINGTON (EDS.), THE PANDEMIC IN 2020 AND FEDERALISM. (FORUM OF FEDERATIONS, ROUTLEDGE, 2021)
por Mario Kölling

36 NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO
EVA SÁENZ ROYO

37 INFORME
EL ESTADO AUTONÓMICO Y LA GESTIÓN JURÍDICA DE LA PANDEMIA
por Ana Carmona Contreras

54 NOTA
“A VUELTAS” CON LA DESCENTRALIZACIÓN EDUCATIVA: LA EXPERIENCIA EN TIEMPOS DE COVID-19
por Carles López Picó

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

61 NOVEDADES PARLAMENTARIAS
OLGA HERRAIZ SERRANO Y PABLO GUERRERO

62 INFORME
A VUELTAS CON LA INMUNIDAD TRAS EL *OVILLO* JURÍDICO DEL ASUNTO JUNQUERAS
por Amir Al Hasani Maturano

82 INFORME
PARALIZACIÓN LEGISLATIVA Y GOBIERNO POR DECRETO-LEY
por Piedad García-Escudero Márquez

105 ACTUALIDAD IBEROAMERICANA
FERNANDO REVIRIEGO PICÓN

106 INFORME
EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN ARGENTINA: CLAROS Y OSCUROS DESPUES DE 25 AÑOS
por Jorge Luis Maiorano

133 INFORME
EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA
por Pablo Enrique Ulloa Castillo

142 INFORME
UNA MIRADA ACTUAL SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL Y EL PROBLEMA CONTRAMAYORITARIO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA
por Sebastián López Hidalgo

162 INFORME
PROBLEMAS EN TORNO AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LEY CONSTITUCIONAL. REFERENCIA A LA LLAMADA LEY BONILLA EN MÉXICO
por Christian Yair Aldrete Acuña

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

189 CALIDAD DEMOCRÁTICA
CATALINA RUIZ-RICO RUIZ

190 INFORME
LA POLARIZACIÓN POLÍTICA EN LAS DEMOCRACIAS ACTUALES: EXPRESIONES Y CONSECUENCIAS
por Mikel Barreda

203 INFORME
LA DENOMINADA "DEMOCRACIA PARTICIPATIVA" COMO GÉNERO DISTINTO DE LA DEMOCRACIA DIRECTA Y DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA
por José Antonio Tardío Pato

221 INFORME
DECÁLOGO JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL SOBRE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
por Javier Sierra Rodríguez; Ana Galdámez Morales; Alicia González Moro; Pablo Cruz Mantilla de los Ríos; Eloísa Pérez Conchillo

246 INFORME
ANÁLISIS DEL ROL DE LA ESTUPIDEZ EN LA POLÍTICA DESDE EL PENSAMIENTO DE CIPOLLA. LOS CASOS BRITÁNICO Y CATALÁN
por Alfredo Ramírez Nárdiz

264 ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

266 ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

267 CRÉDITOS

268 INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

271 LISTA DE EVALUADORES

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Estimados amigos: sin que por desgracia nos encontremos todavía en una situación óptima desde el punto de vista sanitario, tal y como era nuestro deseo en el anterior número, pero con un mínimo de esperanza de que en breve podamos ir poco a poco volviendo a una cierta normalidad, os presentamos el número 21 de los Cuadernos, correspondiente al mes de junio.

Como es habitual haremos en esta presentación un repaso rápido por los temas objeto de este número, comenzando con la sección "Novedades del Federalismo", en donde el protagonismo recae en el informe de David Cameron y su estudio sobre la gestión de la pandemia covid-19 en países federales y no federales. Tres notas completan la sección, "El sistema federal de Canadá ¿un modelo de integración", de Francisco Javier Romero Caro, y la reseña "*The Pandemic in 2020 and Federalism*", editado por el Foro de las Federaciones con la participación de varios autores. La tercera aborda la distribución de competencias en materia de seguridad pública en Puebla (México).

La covid es también protagonista en las "Novedades del Estado autonómico", a través del Informe de Ana Carmona sobre "El Estado Autonómico y la gestión jurídica de la pandemia", y de la nota de Carles López sobre la experiencia en descentralización en materia de educación en tiempo de covid-19.

En las "Novedades parlamentarias" analizamos en primer lugar la inmunidad parlamentaria en el informe de Amir Al Hasani Maturano, bajo el título "A vueltas con la inmunidad tras el *ovillo* jurídico del asunto Junqueras". Y en la misma sección Piedad García-Escudero aborda la "Paralización legislativa y gobierno por Decreto-Ley".

Cuatro informes integran la sección "Actualidad iberoamericana": los dos primeros relacionados con la figura del Defensor del Pueblo, en Argentina y en la República Dominicana, a cargo respectivamente de Jorge Luis Majorano y Pablo Enrique Ulloa Castillo. Los otros dos tienen por objeto Ecuador ("Una mirada actual sobre el debate contramayoritario y la revisión judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana", de Sebastián López Hidalgo) y México ("Problemas en torno al concepto de Constitución y ley constitucional. Referencia a la llamada Ley Bonilla en México") de Christian Yair Aldrete Acuña.

Finalmente, cuatro informes también en relación con la "Calidad democrática": "La polarización política en las democracias actuales: expresiones y consecuencias" por Mikel Barreda; "La denominada «democracia participativa» como género distinto de la democracia directa y de la democracia representativa" por José Antonio Tardío Pato; "Decálogo jurisprudencial español sobre derecho de acceso a la información pública" por Javier Sierra Rodríguez, Ana Galdámez Morales, Alicia González Moro, Pablo Cruz Mantilla de los Ríos y Eloísa Pérez Conchillo; y "Análisis del rol de la estupidez en la política desde el pensamiento de Cipolla. Los casos británico y catalán", por Alfredo Ramírez Nárdiz.

Os recordamos la novedad ya incorporada en el anterior número: la catalogación de los informes con el código DOI (Digital Object Identifier), como forma de mejorar nuestra revista. Y como siempre queremos agradecer a todos los evaluadores su trabajo y dedicación, reiterando nuestra oferta para aumentar el equipo de revisores.

Concluimos con el mismo llamamiento: podéis enviarnos textos que versen sobre los diferentes campos de trabajo de la revista, respetando las normas editoriales (que se pueden encontrar en los créditos de este número). ■

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO
MARIO KÖLLING

7 INFORME
LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA EN PAÍSES FEDERALES Y NO FEDERALES
por David Cameron

24 NOTA
EL SISTEMA FEDERAL DE CANADÁ ¿UN MODELO DE INTEGRACIÓN? CRISIS SECESIONISTA EN QUEBEC Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA FEDERAL
por Francisco Javier Romero Caro

27 NOTA
DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA A NIVEL ESTATAL Y MUNICIPAL EN MÉXICO: EL CASO DE PUEBLA
por Domingo Bautista Ruiz

33 NOTA
RESEÑA: RUPAK CHATTOPADHYAY /DIANA CHEBENOVA / PHILLIP GONZALEZ / FELIX KNÜPLING / LIAM WHITTINGTON (EDS.), THE PANDEMIC IN 2020 AND FEDERALISM. (FORUM OF FEDERATIONS, ROUTLEDGE, 2021)
por Mario Kölling

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA EN PAÍSES FEDERALES Y NO FEDERALES

THE RELATIVE PERFORMANCE OF FEDERAL AND NON-FEDERAL COUNTRIES DURING THE PANDEMIC

por David Cameron[1]
Profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de Toronto

Cómo citar este artículo / Citation:
Cameron, David (2021):
La gestión de la pandemia en países federales y no federales, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0101

1. El texto fue publicado en su version en inglés cómo: David Cameron, The Relative Performance of Federal and Non-federal Countries During the Pandemic, Forum of Federations, Occasional Paper Series, Number 50, 2021", ISSN: 1922-558X http://www.forumfed.org/2021/04/hot-off-the-press-occasional-paper-50-the-relative-performance-of-federal-and-non-federal-countries-during-the-pandemic/ (traducción Mario Kölling)

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

En este texto analizaremos cómo se gestionó la pandemia, no nos vamos a centrar en el apoyo a la economía o cómo se logró el equilibrio entre este apoyo económico y la lucha contra la pandemia. La pregunta clave para este texto es: ¿hasta qué punto han sido eficaces las respuestas médicas y de salud pública ante la pandemia?

Palabras claves: Covid-19, federalismo, unitarismo, liderazgo, gestión

ABSTRACT

In this text, we will be scrutinizing how the pandemic was managed, not how the economy was supported or how the balance was struck between the two. Balancing the conflicting pressures of public health and the economy is an inescapable part of the responsibility of all governments coping with the pandemic, but that is not as such the focus of this chapter. How effective have the public health and medical responses to the virus been?

Keywords: Covid-19, federalism, unitarianism, leadership, management

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCION

La historia de la COVID-19 puede dividirse en dos amplias fases que se solapan parcialmente. La primera fase abarca el periodo que va desde el brote inicial de la pandemia a principios de 2020 hasta aproximadamente enero de 2021. Ese es el momento en el que el mundo se esforzó principalmente por contener la propagación de la COVID-19 y proporcionar atención sanitaria. La segunda fase comienza a principios de 2021, cuando se empezaron a fabricar y administrar vacunas eficaces. La evaluación de los resultados de la gestión en un país durante la primera fase se puede realizar conforme a cómo se contuvo la expansión de la infección y en el número de personas que perdieron la vida a causa de la enfermedad. La evaluación de los resultados en la segunda fase sigue basándose en las medidas de contención de la infección y en la reducción de la mortalidad, pero además implicará una evaluación de la eficacia de la administración de las vacunas a la población[2]. Este texto se limita a examinar los resultados de la primera fase.

¿Cuál ha sido el rendimiento de las federaciones en comparación con los países no federales? ¿Existe alguna evidencia que sugiera que las federaciones han manejado la crisis del coronavirus mejor o peor, o de forma diferente a los estados unitarios? Es esta cuestión la que se va a tratar en este texto.

Una pandemia es una prueba de fuego para la relación entre los ciudadanos y sus gobiernos, especialmente en las democracias. Puede compararse con la movilización de la sociedad civil que se llevó a cabo en el Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y otros países durante la Segunda Guerra Mundial, cuando los gobiernos dejaron claro que la victoria sólo podría alcanzarse si cada ciudadano desempeñaba un papel activo en el esfuerzo bélico. En la pandemia de la COVID-19, los ciudadanos tenían que llevar mascarillas, mantener la distancia social y evitar viajar para no ponerse a sí mismos y a la sociedad en peligro. Pocas veces se ha establecido un vínculo más directo entre el comportamiento individual y el bienestar colectivo. Los gobiernos de todos los niveles intentaron encontrar el equilibrio adecuado entre educación, exhortación, presión de grupo y coerción para dar una respuesta óptima a la crisis.

A continuación analizaremos cómo se gestionó la pandemia, no nos vamos a centrar en el apoyo a la economía o cómo se logró el equilibrio entre este apoyo económico y la lucha contra la pandemia. La pregunta clave para este texto es: ¿hasta qué punto han sido eficaces las respuestas médicas y de salud pública ante la pandemia? Está claro que las presiones económicas pueden haber llevado a los gobiernos a levantar las restricciones demasiado tarde o demasiado pronto. Si esas decisiones políticas han afectado a la actuación de los gobiernos y las poblaciones en la gestión de la pandemia, eso se reflejará en los resultados sanitarios, pero la economía como tal no entra en el ámbito de este capítulo.

II. COVID-19 EN LOS PAÍSES DE LA OCDE

Para economizar esfuerzos y lograr, al menos en cierta medida, una comparación entre diferentes países, el capítulo se centrará en los países miembros de la OCDE. Se entiende que los Estados miembros se adhieren a dos principios fundamentales: se espera que sean sociedades democráticas comprometidas con el Estado de Derecho

2. Ya en marzo de 2021, todo indica que los malos resultados en la primera fase no predicen los resultados en la segunda. El Reino Unido y los Estados Unidos obtuvieron malos resultados en la primera fase, pero están entre los líderes mundiales en la administración de la vacuna en la segunda fase.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

y la protección de los derechos humanos; y se supone que tienen economías abiertas, transparentes y de libre mercado. En algunos casos -como el de Turquía, que es un miembro de la OCDE clasificado como "no libre" en el índice de Freedom House de 2020-, estos compromisos parecen ser hoy más una aspiración que una realidad, pero, no obstante, los países de la OCDE constituyen colectivamente una agrupación de Estados que en general presentan estas características[3]. Además, los miembros de la OCDE suelen ser países más ricos y con economías y sociedades más articuladas[4]. Restringir nuestro análisis a este grupo reduce en cierta medida el abanico de variables que habría que tener en cuenta de otro modo, y hace que el ejercicio analítico sea más manejable.

Nueve de los 35 miembros de la OCDE que estamos considerando en este texto son federaciones[5]: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Alemania, México, España, Suiza y Estados Unidos de América. Esto ofrece un buen abanico de federaciones de diferentes tipos: con sistemas parlamentarios y presenciales, formas monárquicas y republicanas, poblaciones grandes y relativamente pequeñas, y composición social nacional y multinacional.

Para evaluar el comportamiento pandémico de los países que estudiamos, utilizaremos dos indicadores aproximados:

- Número de casos de COVID-19 por millón de habitantes
- Número de muertes por COVID-19 por millón de habitantes

Estos dos ratios ofrecen una aproximación a los resultados relativos. El primero, en particular, debe tratarse con mucha cautela, dado que una evaluación precisa del número de casos que se producen en un país depende en gran medida de los test, así como de la naturaleza del sistema de pruebas y el alcance de su uso. Además, la capacidad de registro y notificación varía mucho de un país a otro (Hasell, Mathieu, Beltekian, 2020). Aunque puede haber algunas complejidades de datos asociadas a la presentación de informes sobre las muertes por COVID-19 por millón, suponemos que esos datos son generalmente fiables y comparables, y daremos prioridad a este indicador, utilizándolo para proporcionar una clasificación aproximada del rendimiento de cada país.

La Tabla 1 informa sobre el rendimiento pandémico de los países de la OCDE a partir de enero de 2021 en relación con los dos indicadores. La clasificación primaria en la columna de la derecha indica las tasas de muertes por COVID por millón de habitantes. En la columna central, se indica el número de casos por millón de habitantes, entre paréntesis se puede ver la clasificación relativa de los países según ese indicador. Los países de la OCDE que son estados federales se señalan con letras mayúsculas.

3. Los miembros de la OCDE, Colombia, Hungría y México, figuran como "parcialmente libres" en el índice Freedom House 2020. Los otros 33 miembros son calificados como "libres".

4. Todos ellos se encuentran, por ejemplo, en la mitad superior del rango del PIB nominal per cápita (clasificación del Banco Mundial, 2019).

5. Hemos excluido de la lista a dos países de la OCDE con menos de un millón de habitantes: Islandia y Luxemburgo.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Tabla 1: Tasas de casos y muertes por COVID-19 en los países de la OCDE hasta enero de 2021

Países (Países federales en Letras mayúsculas)	*Casos por millón (orden de clasificación)*		*Muertes por millón (orden de clasificación)*	
Nueva Zelanda	474	(1)	5	(1)
Corea del Sur	1,473	(3)	26	(2)
AUSTRALIA	1,129	(2)	36	(3)
Japón	2,899	(4)	39	(4)
Noruega	11,267	(6)	102	(5)
Finlandia	7,685	(5)	114	(6)
Estonia	30,693	(12)	267	(7)
Turquía	28,808	(11)	295	(8)
Dinamarca	33,609	(14)	328	(9)
Israel	69,020	(31)	469	(10)
CANADÁ	19,926	(9)	492	(11)
Grecia	14,581	(8)	520	(12)
Letonia	32,344	(13)	553	(13)
Irlanda	37,983	(17)	570	(14)
ALEMANIA	25,635	(10)	612	(15)
Eslovaquia	43,313	(21)	697	(16)
Países Bajos	55,380	(26)	764	(17)
AUSTRIA	44,936	(22)	821	(18)
Polonia	38,985	(18)	910	(19)
Lituania	64,881	(30)	916	(20)
Chile	36,572	(15)	934	(21)
Portugal	62,392	(29)	943	(22)
Colombia	39,610	(19)	997	(23)
SUIZA	58,845	(27)	1046	(24)
Francia	46,640	(23)	1060	(25)
Suecia	54,179	(25A)	1062	(26)
MÉXICO	13,675	(7)	1132	(27)
ESPAÑA	54,179	(25B)	1169	(28)
Hungría	37, 222	(16)	1199	(29)
ESTADOS UNIDOS	76,243	(33)	1244	(30)
Italia	40,800	(20)	1396	(31)
República Checa	87,554	(34)	1403	(32)
Reino Unido	53, 729	(24)	1412	(33)
Eslovenia	75,919	(32)	1573	(34)
BÉLGICA	59, 582	(28)	1796	(35)

Fuentes: número de casos a partir del 24 de enero de 2021: Tabla de datos del Coronavirus KFF COVID-19 por país: https://www.kff.org/coronavirus-covid-19/fact-sheet/coronavirus-tracker/?utm_source=web&utm_medium=trending&utm_campaign=covid-19 Como señalamos en la nota 5, hemos excluido a los países de la OCDE con menos de un millón de habitantes (Islandia y Luxemburgo). Fuentes: número de muertos 22 de enero 2021: https://www.statista.com/statistics/1104709/coronavirus-deaths-worldwide-per-million-inhabitants/.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Lo primero que hay que señalar es que las nueve federaciones (de los 35 países de la OCDE que figuran en la lista) están en puestos altos de la escala. Australia es uno de los países de la OCDE con mejores resultados, ocupando el tercer lugar en muertes por millón y el segundo en casos por millón. Por el contrario, la federación de Bélgica se encuentra en la cola, en el puesto 35 y último en muertes por millón, y también Estados Unidos no está en un buen puesto (30). Las otras seis federaciones de la OCDE se encuentran dispersas sin un patrón claro, excepto quizás por una muy ligera inclinación hacia el extremo inferior de la clasificación.

En cuanto a los resultados de los países de la OCDE que no son federales, hay una dispersión similar. Cuatro de los cinco mejores resultados no son federales (Nueva Zelanda, Corea del Sur, Japón y Noruega). Del mismo modo, cuatro de los cinco países con peores resultados no son federales (Eslovenia, Reino Unido, República Checa e Italia)[6]. Dado que 26 de los 35 países de la lista no son federales, quizá no sea sorprendente que estén bien representados tanto en la parte superior como en la inferior de la clasificación, así como en los puntos intermedios.

III. LO MEJOR Y LO PEOR

A continuación, examinaremos con más detalle los países que se encuentran en los primeros puestos de la lista o en los últimos. Empezaremos por examinar algunos de los países con peores resultados que se encuentran al final de la Tabla 1. Como hemos señalado, el país con la tasa más alta de muertes por millón es una federación, el Reino de Bélgica. Este país ejemplifica en gran medida la relación entre la gobernanza y los resultados de la pandemia, aunque también hay que reconocer que no le ayuda la geografía. Bélgica comparte frontera con los Países Bajos, Alemania, Luxemburgo y Francia; su mayor ciudad, Bruselas, es la capital de facto de la Unión Europea, lo que la convierte en un destino para personas de todo el continente.

Con una sociedad fuertemente dividida entre los valones francófonos y los flamencos (más una pequeña minoría germanófona), el país se ha transformado desde un Estado unitario a un Estado federal a través de una serie de reformas constitucionales que comenzaron en 1970. Estas alteraciones en la composición constitucional no han expresado un diseño coherente, sino que han sido una serie de acuerdos descentralizadores *ad hoc* que reflejan las presiones políticas y partidistas del momento (Bursens, Popelier, Meier, 2021). El resultado ha sido una federación única y muy compleja compuesta por dos unidades imperfectamente superpuestas: tres comunidades lingüísticamente definidas (neerlandesa, francesa y germanófona); y tres regiones territorialmente definidas (Flandes, Valonia y la región de Bruselas). Hay dos sistemas de partidos distintos, uno para cada comunidad lingüística principal. Cuando se produjo la pandemia, Bélgica llevaba un año bajo un Gobierno provisional, que fue constituido apresuradamente como Gobierno de pleno derecho en respuesta a la crisis.

En teoría, cabría esperar que un país pequeño (11,5 millones de habitantes) y próspero, con un sector sanitario y de servicios sociales muy desarrollado, tuviera buenos resultados en la lucha contra el coronavirus. Sin embargo, Bélgica no lo hizo bien, y la razón principal parece tener el origen principalmente en su modelo de gobernanza[7]. La dificultad recurrente que ha tenido el país para formar un Gobierno federal eficaz

6. A pesar de que el Reino Unido aparece en este volumen como un sistema de gobierno descentralizado con disposiciones "federalizadas", lo trataremos en este capítulo como un país no federal, que de hecho lo es.

7. Sin embargo, cabe destacar que en el Índice de Seguridad Sanitaria Global Bélgica ocupó el séptimo lugar entre los nueve

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

sugiere una deficiencia institucional, y la confusa dispersión de las responsabilidades jurisdiccionales ha dificultado una acción decisiva. Para que este sistema funcione bien, se requiere un grado de coordinación alto y una considerable capacidad de colaboración intergubernamental, que han faltado notablemente durante la crisis.

Además, la competencia entre los partidos que representan a las diferentes comunidades socavó el potencial de una acción coherente y embotó o confundió la respuesta política a la pandemia. Bajo el modelo de gobernanza belga subyace una sociedad profundamente dividida. Dicho esto, hay otros estados federales con una profunda diferenciación etnocultural que han respondido mejor. Canadá, que ocupa el 11º lugar en muertes por millón, y Suiza, que ocupa el 24º, son ejemplos de ello.

Los Estados Unidos de América ocupan el sexto lugar de la clasificación de la OCDE y se sitúan en el segundo puesto más bajo entre los países federales. Como país rico y poderoso con un sistema federal que ofrece un importante papel de liderazgo y coordinación al Gobierno federal, cabría esperar que Estados Unidos fuera una de las federaciones con mejores resultados de la lista. En el Índice de Seguridad Sanitaria Global obtuvo la primera puntuación en su capacidad de respuesta a las pandemias. El hecho de que no haya obtenido los resultados esperados se debe principalmente a un fracaso estrepitoso del liderazgo a nivel nacional y a una división partidista que es muy evidente en el sistema de salud pública estadounidense como en el resto de la gobernanza y la sociedad. El ex presidente Trump cuestionó y puso activamente en duda la gravedad de la COVID-19 y la necesidad de tomar medidas de salud pública para combatirlo; como resultado, los estados fueron abandonados a su suerte[8]. Trump restó importancia al coronavirus, contradijo a sus altos funcionarios de salud pública, alentó la pronta reapertura de la economía y afirmó que los Estados tienen la responsabilidad principal de combatir la COVID-19 y de asegurar el equipo de protección personal necesario. Su abdicación del liderazgo nacional fomentó una respuesta nacional confusa a la crisis, que fomentó un mosaico de políticas y enfoques por parte de los Estados, y contribuyó sustancialmente a los malos resultados de Estados Unidos en la lucha contra la enfermedad (Camacho, Glickman, 2020).

Podría decirse que Trump activó inadvertidamente el federalismo estadounidense con su conducta. Al fin y al cabo, aunque los analistas y comentaristas estadounidenses tienden a prestar poca atención al federalismo en comparación con sus homólogos de otros países federales, los Estados de EE.UU. en realidad tenían y tienen un papel constitucional indispensable para hacer frente a una crisis de salud pública. Los gobernadores estatales eran responsables de muchas de las medidas, como por ejemplo si los comercios debían permanecer abiertos, si había que llevar mascarillas o si el acceso a las playas estaba prohibido. Mientras el virus hacía estragos en todo el país, se puso de manifiesto la importancia de las unidades subnacionales de la federación estadounidense para dar una respuesta coherente y eficaz a la pandemia. Pero también se puso de manifiesto otro aspecto: la ausencia de liderazgo por parte de Washington socavó no sólo la elaboración de una respuesta federal eficaz al virus, sino también la eficacia de las acciones a nivel estatal. El Presidente es el que marca la pauta a nivel nacional; su negativa o ausencia permitió que muchos ciudadanos y algunos líderes políticos de todo el país rechazaran los consejos de los expertos de salud pública. La

8. Véase Gordon, Huberfield y Jones, 2020. Argumentan que: "en esta pandemia, el federalismo de la sanidad pública estadounidense asegura que la respuesta al coronavirus depende del código postal. Una pandemia global no respeta las fronteras geográficas, lo que deja al descubierto las debilidades del federalismo ante una crisis". Como señalan Kumanan Wilson *et al* (2008), los Estados Unidos, junto con Canadá y Australia, se enfrentan al "reto de que la autoridad sobre varios de los requisitos de capacidad básicos (se encuentra) principalmente a nivel estatal o provincial". (p. 217).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

ausencia de Washington como coordinador nacional fomentó en ocasiones un comportamiento mutuamente destructivo entre los Estados, que se manifiesta, por ejemplo, en la desesperada competencia por los suministros de salud pública. La lección de esta experiencia es que el federalismo es importante en una crisis de salud pública, pero que los Estados no pueden hacer su trabajo eficazmente si Washington no cumple su parte.

La división partidista, a menudo tóxica, amplificó la incoherencia de la respuesta de la nación. Hubo conflictos y desacuerdos sobre el tamaño de los paquetes de ayuda, el apoyo a los gobiernos estatales y locales, el cierre y la apertura de los comercios, y el uso de mascarillas. Las disputas entre el Gobierno federal y los gobiernos estatales y locales a menudo reflejaban la composición partidista de los principales actores del Gobierno (Kincaid, Leckrone, 2021). El fragmentado sistema sanitario estadounidense, en parte público y en parte privado, no ayudo tampoco. En marzo de 2021, Estados Unidos fue el país que lideró el número total de casos y muertes por el coronavirus[9].

¿Qué pasa con los países unitarios con malos resultados? Al final de la lista, o cerca de ella, están Eslovenia, el Reino Unido, la República Checa e Italia. Dado su tamaño y su importante posición en Europa, en este texto centraremos nuestra atención en el Reino Unido e Italia. La República Checa también será tratada muy brevemente.

Italia fue el primer país de Europa que se enfrentó a un brote importante del coronavirus. Por ello, otros países de la región tuvieron la oportunidad de aprender de la temprana experiencia italiana con la COVID. En el trigésimo quinto lugar del Índice Sanitario Mundial de preparación para la pandemia, Italia no partía de una posición institucional fuerte. Los brotes en Italia se concentraron a nivel regional (en las regiones de Lombardía, Emilia-Romaña y Véneto, en el norte de Italia), lo que supuso una gran presión para las instituciones sanitarias locales. La población italiana es la más envejecida de Europa y, a diferencia del impacto de la pandemia en otros países europeos como Alemania, los italianos de mayor edad fueron el grupo demográfico más afectado en las primeras fases. Los italianos tienen una tasa relativamente alta de comorbilidades, y la edad media de las personas que murieron por la COVID-19 en Italia fue de 80 años. Aunque Italia cuenta con un sistema sanitario que funciona bien, está infradotado de camas de UCI, en comparación con otros países. Cuando las personas con síntomas leves fueron admitidas en los hospitales en los primeros momentos, la capacidad se vio sobrecargada, lo que supuso posteriormente un reto para acomodar a los realmente enfermos. Los hospitales superpoblados se convirtieron en incubadoras de infecciones, lo que provocó altas tasas de infección para el personal médico[10].

La respuesta de Italia a la crisis consistió en: la imposición de una cuarentena para controlar la propagación de la pandemia; la ampliación de las instalaciones médicas, y, como en otros lugares, medidas financieras para apoyar la economía en crisis (Nicola, 2020). El sistema relativamente descentralizado del "país federal sin federalismo", no demostró ser un instrumento eficaz para hacer frente a la pandemia (Palermo, 2021). Las regiones italianas se han hecho más poderosas en los 50 años transcurridos desde su implantación, y -a pesar de ser las principales responsables de la atención sanitaria- el inicio de la primera oleada de la pandemia condujo a una centralización de la respuesta de Italia.

El Gobierno nacional declaró el estado de emergencia a finales de enero de 2020, sentando las bases para la implementación de un conjunto de normas que se aplicaron en

9. Johns Hopkins University Coronavirus Resource Center, March 24, 2021. https://coronavirus.jhu.edu/map.html

10. La información de este apartado se ha extraído principalmente de Boccia, Ricciardi and Ioannidis, 2020, 927-8.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

todo el país, independientemente de las variaciones en las circunstancias concretas. La colaboración nacional con los gobiernos regionales fue relativamente limitada. Al contrario de lo que ocurre en varios otros sistemas explícitamente federales, Francesco Palermo señala que el principal instrumento de gestión de las relaciones intergubernamentales en Italia, la Conferencia Permanente entre los Estados y las Regiones, se reunió en realidad con menos frecuencia durante este periodo que en épocas normales. Según Palermo: tras una primera fase de extrema centralización, las regiones (y en cierta medida los municipios) retomaron gradualmente sus funciones. El impacto asimétrico del virus y la respuesta igualmente asimétrica de los territorios revelaron tanto el potencial de una gobernanza territorial tan asimétrica como las debilidades de un sistema incompleto y cuasi-federal, especialmente en lo que se refiere a la división de poderes poco clara y a las insuficientes relaciones intergubernamentales. (Palermo, 2021) Cuando los contagios empezaron a caer en primavera, los gobiernos regionales empezaron a imponerse, lo que llevó a una mayor diferenciación y a una mayor colaboración. Sin embargo, la confusión sobre las funciones no disminuyó, en parte porque continuó un régimen de emergencia nacional más limitado, y volvieron a surgir tensiones, a veces políticas, entre el Estado y la región.

Italia tiene una larga tradición de gobiernos de coalición de corta duración, y las tensiones entre los partidos políticos continuaron durante la pandemia. De hecho, a finales de enero de 2021, el Gobierno del primer ministro Guiseppe Conte se derrumbó después de que un partido menor se retirara de la coalición de gobierno[11]. Así pues, Italia está luchando con la inestabilidad política mientras sigue en medio de la crisis del coronavirus, lo que hace más difícil que se apliquen medidas oportunas y eficaces (Mammone, 2020). La indiferente actuación de Italia, por tanto, no puede explicarse con ninguna medida simple, sino que parece ser el producto de una mezcla de varios factores, como la mala suerte y el desconocimiento inicial de la enfermedad, la demografía, el carácter particular del sistema sanitario del país y la gobernanza.

El Reino Unido entró en la pandemia en una buena posición para hacer frente a los retos de la COVID-19 con eficacia. Gran Bretaña poseía sólidas instituciones públicas y había elegido recientemente un Gobierno con mayoría estable en Westminster; el Servicio Nacional de Salud (NHS) se consideraba un envidiable sistema de salud pública, que ocupaba el segundo lugar, después de Estados Unidos, en el Índice de Seguridad Sanitaria Global en cuanto a preparación para la pandemia. Sin embargo, ocupa el tercer lugar de la tabla, registrando los peores resultados entre los países del G7, y el tercer mayor número de muertes por COVID por millón en la lista de la OCDE. ¿A qué se debe esto?

Gran Bretaña ha transferido una importante autoridad en materia de salud a las tres "naciones de origen" de Escocia, Gales e Irlanda del Norte, pero con relativamente poca autoridad fiscal autónoma. Esto significó que el país, ante la repentina conmoción de la pandemia, buscó naturalmente el liderazgo de Londres. La actuación del Reino Unido en los primeros momentos estuvo determinada por las decisiones tomadas por el Gobierno del Reino Unido, más que por los gobiernos de Escocia o Gales o la Asamblea de Irlanda del Norte, pero con una colaboración intergubernamental relativamente escasa. El Gobierno del Reino Unido definió tres fases en la política: contención (lavado de manos, rastreo de contactos, etc.); retraso (aplanar la curva para no abrumar al NHS y desarrollar terapias y vacunas); y mitigación (proteger a los más vulnerables, pero dejar que la población en general adquiera gradualmente la inmunidad de rebaño).

11. Un tecnócrata no partidista, Mario Draghi, sustituyó al Primer Ministro saliente, Guiseppe Conte, en febrero de 2021

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Esta estrategia excluyó la adopción de medidas tempranas y decisivas para detener la propagación del virus. La fuerte reacción pública a este enfoque hizo que el Gobierno cambiara rápidamente su política hacia la supresión del virus y su transmisión con una serie de medidas cada vez más estrictas (Calnan, 2020). Dispuestos a seguir al Gobierno del Reino Unido, los gobiernos de Escocia y Gales se volvieron cada vez más inquietos con el paso del tiempo, frustrados por los bandazos y los giros de la política. Empezaron a marcar un rumbo más autónomo, sobre todo en lo que respecta a la regulación del cierre de escuelas y la flexibilización de las medidas contra la pandemia. En definitiva, mientras que el Servicio Nacional de Salud actuó muy bien, "la gestión de la COVID en el Reino Unido ha sido un desastre" (Grace, 2021). Hay pocos indicios de que la descentralización sea la responsable de los malos resultados del Reino Unido; en cambio, parece que han sido el liderazgo político nacional y la formulación de políticas los que han influido más significativamente en la baja clasificación del Reino Unido. De hecho, se podría plantear la hipótesis de que una mayor descentralización podría haber conducido a mejores resultados.

Curiosamente, Clive Grace ha argumentado que el resultado probable de la experiencia pandémica de Gran Bretaña será el fortalecimiento de la presión para una mayor devolución y "federalización" del país, lo que claramente no es un resultado que el obierno británico, que ya está luchando con el impacto fisíparo del Brexit, recibiría con agrado. (Grace, 2021)

Antes de pasar a analizar una serie de países de alto rendimiento, permítanme señalar la experiencia de la República Checa. Hemos visto que la lucha contra la pandemia se parece más a un maratón que a una carrera de cien yardas, y que los países que obtienen buenos resultados en un momento del proceso pueden tener problemas en otro. Tanto Estados Unidos como el Reino Unido obtuvieron malos resultados en la primera etapa, cuando se trataba de controlar la propagación del virus, pero posteriormente han sido líderes mundiales en la administración de vacunas contra la COVID a sus ciudadanos. A fecha de 3 de marzo de 2021, Gran Bretaña y Estados Unidos ocupan el segundo y tercer lugar entre los países de la OCDE en cuanto al número de dosis de vacunas administradas por cada 100 personas (Globe and Mail, 5 de marzo de 2021). La República Checa ofrece otro ejemplo de rendimiento variable en el largo curso de la lucha contra la enfermedad. El país, que fue uno de los mejores en la primera fase del virus, se encuentra ahora, por una serie de errores, luchando desesperadamente por controlar las infecciones desbocadas en el país.

Rastislav Madar, epidemiólogo checo, identifica tres decisiones críticas en particular en las que el Gobierno se equivocó. En primer lugar, el Gobierno -descartando el consejo de sus asesores científicos- se negó a restablecer la obligación de llevar mascarilla en el verano de 2020, justo antes de la reapertura de las escuelas. En segundo lugar, después de una oleada de infecciones en octubre resultante en gran parte de la gente que no llevaba mascarilla, el Gobierno -sin seguir sus propias directrices- decidió reabrir las tiendas justo antes de Navidad. Y en tercer lugar, no actuó con rapidez en respuesta a la aparición de la variante británica, que se convirtió en una parte cada vez más importante del aumento de las infecciones después de Navidad en enero 2021. El resultado es que, en marzo de 2021, la tasa de infección checa está cerca de los niveles récord, justo cuando el número de infecciones globales está empezando a descender (CNN, 1 de marzo de 2021).

A continuación me referiré a los países con mejores resultados. Cabe destacar que tres de los cuatro países con mejores resultados (Nueva Zelanda, Australia y Japón) son países insulares, y que el cuarto, Corea del Sur, limita por tres lados con agua y por el norte con una frontera dura con el "reino ermitaño" de Corea del Norte. ¿Su situación geográfica supone alguna diferencia con respecto al control de la pandemia? Si se

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

comparan estos países con otros como Bélgica, Eslovenia, la República Checa o Hungría, que están físicamente incrustados en una compleja red de estados colindantes, habría que reconocer que la condición de isla o cuasi isla de los países que encabezan la lista de la OCDE es al menos una condición que facilita la gestión de un virus altamente infeccioso. La contigüidad física con otras naciones y una frontera terrestre porosa dificultan el aislamiento nacional. Aunque la situación geográfica puede ser una condición que facilita las cosas, sería un error dar demasiada importancia a la simple situación geográfica, y concretamente a la insularidad. Al fin y al cabo, el Reino Unido también es un país insular y, como hemos visto, está casi al final de la lista.

El tamaño y la densidad de la población también se han mencionado como factores relevantes. Se piensa que un país pequeño será capaz de reunir a sus ciudadanos y gestionar su respuesta política con mayor facilidad que un país grande, y que una enfermedad infecciosa tendrá obviamente más facilidad para propagarse en una población densa que en una dispersa. Pero, de nuevo, estos están muy lejos de ser factores determinantes para el éxito del control de la pandemia. Es cierto que Nueva Zelanda, el país con mejores resultados, tiene una población pequeña y relativamente dispersa de poco menos de 5 millones de habitantes, con una densidad de 18 personas por kilómetro cuadrado. Australia, el país con mejores resultados entre las federaciones, es una isla del tamaño de un continente, con vastas extensiones de territorio despoblado. Sin embargo, más del 80% de sus ciudadanos viven en entornos urbanos, algunos de ellos bastante grandes: Sydney y Melbourne tienen una población de algo menos de 5 millones de personas cada una. Sin embargo, la densidad de población de estas dos mayores ciudades de Australia es baja.

Por otro lado, Japón, un país geográficamente pequeño, tiene una gran población de 126 millones de habitantes y una ratio de densidad de población nacional de 347 personas por kilómetro cuadrado. Sus ciudades y megaciudades están muy pobladas. Sin embargo, estas realidades demográficas no le han impedido ser el cuarto país de la OCDE con mejores resultados. Aunque la población de Corea del Sur, de 52 millones de habitantes, es menos de la mitad de la de Japón, su densidad de población es aún mayor que la de Japón, con 510 personas por kilómetro cuadrado. Seúl tiene algo menos de 10 millones de habitantes y una densidad de población que casi duplica la de la ciudad de Nueva York. Sin embargo, Corea del Sur es uno de los países con mejores resultados.

¿Qué explica entonces el mejor rendimiento? Empezaremos por examinar el caso de Nueva Zelanda, que ocupa el primer lugar en cuanto a número de casos y número de muertes por millón de habitantes. Nueva Zelanda ha conseguido frenar el virus en seco; durante meses ha estado completamente libre del virus (Baker, Kvalsvig, Verral, 2020). Cuando se ha producido un brote, han conseguido sofocarlo. ¿Cómo? Al principio no era en absoluto una conclusión previsible que el país fuera a acabar con el virus. Con 35 años, Nueva Zelanda ocupaba un lugar inferior al de Italia en cuanto a su preparación para una pandemia según el Índice de Seguridad Sanitaria Global, y gran parte de los consejos de salud pública de la época se dirigían más al control que a la eliminación total. Sin embargo, en las primeras fases se produjo un intenso debate sobre la estrategia a seguir. La Primera Ministra Jacinda Ardern eligió la eliminación como objetivo político del Gobierno. Esto marcó la dirección estratégica del país a partir de ese momento: todas las decisiones que siguieron estaban dirigidas a eliminar el virus, en lugar de simplemente intentar controlarlo. El criterio de éxito era muy claro, y la estrategia igualmente transparente: la aplicación temprana y agresiva de medidas de salud pública bien entendidas y basadas en pruebas.

La elección de ese objetivo y su aplicación altamente efectiva le valió a Ardern y a su Partido Laborista una reelección aplastante en las elecciones de octubre de 2020, que

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

se produjeron en mitad de la pandemia. Una de las principales razones por las que la Primera Ministra y su Gobierno eligieron la eliminación fue la preocupación por la limitada capacidad del sistema sanitario del país. La Primera Ministra entendió que Nueva Zelanda debía actuar de forma contundente y temprana para evitar una pérdida de control. Una vez comprometida, en palabras de Richard Parker, la batalla de Nueva Zelanda para contener el virus siguió el patrón clásico ordenado por la ciencia de la transmisión del virus: detener la afluencia del virus de los viajeros que llegaban; adquirir equipos de protección personal para proteger a los trabajadores esenciales; realizar pruebas, rastrear los contactos y aislar a los que dieran positivo; y, sobre todo, movilizar a la población para que se encerrara y se distanciara socialmente para frenar o romper la cadena de transmisión (Parker, 2020).

Para decirlo de forma sencilla, hubo tres fuerzas que actuaron en el éxito de la guerra contra el virus en Nueva Zelanda: En primer lugar, hubo un excelente liderazgo, que había sido ejemplificado anteriormente en el manejo seguro de Jacinda Ardern de la masacre de Christchurch en marzo de 2019; en segundo lugar, hubo una ciudadanía responsable y receptiva, con suficiente confianza en el liderazgo del país para aceptar las medidas "duras y tempranas" requeridas; y en tercer lugar, vinculando los dos, hubo la aceptación tanto por los líderes como por los dirigidos de la autoridad de la ciencia de la epidemiología -el país siguió la ciencia-. El bloqueo nacional a gran escala duró 26 días, seguido de una versión moderada de duración equivalente. Desde entonces, cuando se han producido brotes aislados (el más reciente en Auckland en febrero de 2021), el gobierno ha actuado rápida y agresivamente para acabar con ellos.

Pasemos ahora a la federación con mejores resultados, Australia, que ocupa el tercer lugar en la clasificación, después de Nueva Zelanda y Corea del Sur. Australia, al parecer, es un caso en el que la organización federal de un gran país no sólo no fue un impedimento para una actuación eficaz, sino que en general resultó beneficiosa en la persecución del coronavirus. A pesar del marco constitucional federal del país (en el que las competencias residuales, por ejemplo, permanecen en los Estados), se ha producido una inexorable centralización del poder en el Gobierno de la Commonwealth, casi desde la creación de Australia en 1901. "Al controlar las tres principales bases impositivas y recaudar el 80% de todos los ingresos fiscales de Australia, la Commonwealth dispone de recursos financieros muy superiores a las necesidades de sus programas, mientras que los Estados dependen de la Commonwealth para casi la mitad de sus necesidades de ingresos" (Fenna, 2021).

Por lo tanto, cabría esperar que el éxito de Australia a la hora de hacer frente a la pandemia fuera una historia en la que el Gobierno de la Commonwealth entrara agresivamente en acción y dejara de lado a los gobiernos estatales. Pero no fue así. A excepción del cuidado de los ancianos, que es una responsabilidad federal, los Estados tienen jurisdicción sobre la mayoría de las áreas que importan durante una pandemia: los hospitales y la mayor parte de la salud pública, las escuelas, la regulación de las empresas y la capacidad de controlar sus propias fronteras estatales. Mientras que el Gobierno de la Commonwealth declaró una "emergencia de bioseguridad humana" en virtud de la Ley de Bioseguridad de 2015, lo que le otorgó amplios poderes (Edgar, 2020), cada uno de los Estados tiene una legislación de emergencia de salud pública y todos, excepto Nueva Gales del Sur, declararon sus propios estados de emergencia (Fenna, 2021).

Cada orden de gobierno aplicó medidas para controlar el virus. El Ministro de Sanidad de la Commonwealth, por ejemplo, promulgó varias normativas que "prohibían los viajes al extranjero, prohibían la entrada de cruceros en los puertos, restringían el acceso a las comunidades remotas, principalmente aborígenes, y a las zonas de aislamiento médico, y controlaban los precios de los productos relacionados con la salud, como

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

las mascarillas desechables, los guantes y el desinfectante de manos" (Edgar, 2020). En cuanto a las iniciativas de los Estados, hubo algunas variaciones en la política y el calendario, derivadas de sus diferentes circunstancias, pero se podría argumentar que eso fue más una ventaja que un problema, ya que permitió a los gobiernos regionales responder a las necesidades y circunstancias locales.

El hecho de que los numerosos agentes gubernamentales semiautónomos no crearan confusión se debe principalmente a que los agentes e instituciones intergubernamentales de Australia aceptaron el reto con lo que Alan Fenna denomina "coordinación informal" (2021). De hecho, como señala, bajo los auspicios del Consejo de Gobiernos Australianos (COAG), los líderes estatales y federales habían comenzado más de una década antes a poner en marcha legislación y acuerdos intergubernamentales que definían las funciones y responsabilidades de los dos órdenes de gobierno en caso de una emergencia civil o de bioseguridad del tipo que presentaba el COVID-19. Se reconoció la responsabilidad primaria de los Estados, así como la responsabilidad de la Commonwealth de ofrecer apoyo financiero y de recursos según fuera necesario. Por lo tanto, cuando la pandemia golpeó, había un marco de entendimiento para guiar a los gobiernos en su respuesta. Este marco fue sin duda uno de los factores que llevaron a Australia a ocupar el cuarto lugar en el Índice de Seguridad Sanitaria Global. Además, se intensificó la coordinación intergubernamental en la cúspide, y el COAG, la reunión de primeros ministros, se transformó efectivamente en lo que se llamó el Gabinete Nacional. Como informa Fenna, este grupo comenzó a reunirse semanalmente, con el apoyo del Comité de Directores de Protección de la Salud de Australia, cuyos miembros eran los jefes médicos de los gobiernos de la Commonwealth y de los estados (Fenna, 2021). El Gabinete Nacional parece haber funcionado de forma inusualmente colegiada, intercambiando información, buscando el consenso y ofreciendo directrices a todos los participantes[12].

Uno de los aspectos en los que se rompió el consenso fue la cuestión de cuándo reabrir las economías y eliminar las limitaciones sociales. El Gobierno de la Commonwealth, que tenía que hacer frente a los enormes costes de la pandemia, estaba ansioso por reabrir lo antes posible, mientras que los Estados, que estaban gestionando el impacto de la pandemia sobre el terreno, se mostraban reacios a abrir antes. A pesar de los esfuerzos de la Commonwealth, los Estados se mantuvieron en general firmes, y la estrategia resultante privilegió la prudencia y el control de la pandemia por encima de la recuperación económica, lo que contribuyó al alto rendimiento del país en la supresión del virus.

En general, el sistema federal australiano desempeñó un papel fundamental en la gestión de la pandemia y en el éxito de Australia. Permitió al Gobierno de la Commonwealth desempeñar su papel en el control de las fronteras exteriores del país y dar apoyo financiero y de otro tipo a los Estados, así como dirigir la función de coordinación en curso. Los Estados gestionaron el sistema de salud pública sobre el terreno y, en general, tomaron la iniciativa sobre los cierres, así como en la regulación de las escuelas y las empresas. Varios Estados también impusieron sus propios controles fronterizos. El liderazgo compartido de la Commonwealth y los Estados resultó ser muy popular entre la población.

12. Al igual que en muchos otros países, la atención de larga duración a los ancianos fue un área en la que la coordinación parece haber flaqueado con resultados desafortunados. En el caso de Australia, el nexo entre la atención a las personas mayores, que es responsabilidad de la Commonwealth, y los hospitales, que son competencia de los estados, fue el centro del problema.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

El federalismo australiano estuvo a la altura del desafío. Dado que el Gobierno federal carece de personal operativo sobre el terreno, es difícil imaginar que una acción agresiva y unilateral por parte del Gobierno federal, como la que se observa en otros sistemas formalmente descentralizados, hubiera servido al país de forma mucho más eficaz. Lejos de que el Gobierno descentralizado sea un impedimento para el alto rendimiento, en un país grande con condiciones diversas y poblaciones dispersas, parece haber contribuido positivamente al alto rendimiento de Australia.

IV. REFLEXIONES FINALES SOBRE EL RENDIMIENTO COMPARATIVO

Este breve análisis indica que no existe ningún impedimento estructural para que los países federales obtengan un alto rendimiento. Parece que hay algunos factores comunes a los países de alto rendimiento, ya sean federales o unitarios. Un sistema nacional de salud pública y atención médica decente es un denominador común. También se asocia con un alto rendimiento la amplia aceptación pública, compartida por los líderes políticos, de la realidad del virus y la necesidad de aceptar y actuar sobre la base de la comprensión científica de la enfermedad[13]. Afortunadamente, los escépticos de la COVID en la mayoría de los países son relativamente escasos. Los reglamentos y las orientaciones, bien explicados y basados en la ciencia de la salud pública, tienden a recibir una amplia aceptación por parte del público. La comunicación pública -honesta, coherente y basada en pruebas- genera confianza y aceptación en las sociedades democráticas, que dependen inevitablemente de la aquiescencia voluntaria más que de la regulación coercitiva. Pero la aplicación de la ley como último recurso ayuda a mantener la creencia pública en las obligaciones compartidas por todos los miembros de la sociedad. Nuestro breve estudio sugiere que el alto rendimiento tanto en los Estados federales como en los no federales estará muy influenciado por la forma en que se gobiernen estos Estados. Un liderazgo eficaz, tanto político como de expertos, parece ser crítico para dar forma a una respuesta nacional exitosa a la pandemia[14]. Tanto Bélgica como Italia han estado plagados de Gobiernos inestables, aunque en el primer caso el sistema federal que los belgas han diseñado para sí mismos ha exacerbado las complicaciones, mientras que en el segundo la debilidad de la gobernanza fue sólo un factor que contribuyó entre varios. Estados Unidos, en el primer año de la pandemia, estaba mal dirigido a nivel nacional y desgarrado por un feroz partidismo. El Reino Unido contaba con un Gobierno de mayoría fuerte y un Servicio Nacional de Salud muy apreciado; sin embargo, un liderazgo político nacional voluntarioso, desinteresado en colaborar con sus socios regionales, llevó al país por el mal camino.

Nueva Zelanda y Australia, por su parte, estuvieron muy bien dirigidas, pero de formas muy distintas, formas que revelan la diferencia entre lo que podríamos llamar estilos de liderazgo unitario y federal. La Primera Ministra de Nueva Zelanda, Jacinda Ardern, no tuvo que negociar con los actores políticos regionales autónomos para encaminar al país. Sin embargo, comenzó la pandemia encabezando un Gobierno de coalición, lo que es típico de Nueva Zelanda con su sistema electoral proporcional de miembros mixtos, por lo que tuvo que conservar la confianza de sus socios de Gobierno. Sin embargo, a mitad de la pandemia, como resultado de las elecciones del 17 de octubre de

13. Esto podría parecer tan obvio que no hace falta mencionarlo, pero desgraciadamente hemos visto varios casos de negacionismo, algunos en países desarrollados (Estados Unidos) y otros en países en desarrollo (Brasil y Tanzania). Sudáfrica ya vivió un caso de negacionismo médico cuando el ex presidente sudafricano Thabo Mbeki se resistió a las pruebas científicas y al tratamiento médico del VIH/SIDA.

14. La lucha contra la propagación de un virus altamente infeccioso supone un reto especial para el liderazgo político y de los expertos, ya que, a diferencia de la mayoría de los ámbitos políticos, la gestión de la pandemia requiere un compromiso activo por parte de los ciudadanos para modificar su conducta y sus prácticas cotidianas: cuarentena, uso de mascarillas, distanciamiento social, etc.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

2020, su partido obtuvo la mayoría absoluta (50,01% del voto popular y 65 de los 120 escaños), con lo que su Gobierno dejó de depender del apoyo de otros partidos en el Parlamento. El Primer Ministro de Nueva Zelanda es inequívocamente el líder de la nación y el punto central de la política del país. En cuanto a los cargos políticos, no hay competencia. El reto de su liderazgo es, pues, conservar la confianza del Parlamento y del pueblo neozelandés.

Sin embargo, en Australia, como en la mayoría de las demás federaciones, la naturaleza del liderazgo y su ubicación, especialmente en medio de una crisis de salud pública, son muy diferentes. Australia tiene una autoridad constitucionalmente dividida, con poderosos políticos regionales investidos de una autoridad sustancial para actuar[15]. De hecho, los Estados, como hemos visto, son los principales responsables de las instituciones y las regulaciones necesarias para combatir la COVID-19. Esto establece un contexto muy diferente para el liderazgo, y de hecho cambia su calidad de forma decisiva. Para empezar, el liderazgo se encuentra en dos lugares constitucionalmente fundados, en Canberra y en las capitales de los Estados. En la política federal normal, el riesgo de una competencia estéril es considerable. Las relaciones intergubernamentales invitan a menudo a repartirse las culpas y a pasarse la pelota. El Primer Ministro del país no puede imponer su voluntad a los primeros ministros de los Estados. Especialmente en una crisis, es importante un estilo de liderazgo colaborativo o colegiado, que es de hecho lo que ha proporcionado el Primer Ministro australiano Scott Morrison. Hasta cierto punto, la política conflictiva normal se dejó de lado ante la pandemia, y el Gabinete Nacional, presidido por Morrison, funcionó de forma colegiada. Los Estados conservaron su autonomía y su amplio ámbito de responsabilidad para gestionar la pandemia, mientras que el Gobierno de la Commonwealth se ocupó de los asuntos de los que era responsable y desempeñó un papel de coordinación principal. Esta suspensión de la política normal y el aumento de la colaboración fueron también evidentes en otras federaciones, como Alemania y Canadá, aunque ciertamente no en todas.

Un buen Gobierno y un fuerte liderazgo político parecen ser ingredientes indispensables para el éxito ante una pandemia, sea cual sea la forma de Gobierno. El principio de la autoridad distribuida se expresa en toda la federación: en su estructura constitucional y legislativa, en su administración pública, en su ciudadanía y en los sistemas electorales por los que se elige a los representantes del pueblo. Un tipo de diplomacia federal en gran medida desconocida en los sistemas unitarios forma parte de las buenas prácticas federales, tanto administrativa como políticamente. Y los ciudadanos son miembros tanto de una comunidad sub-estatal como nacional. Tienen lealtades y representantes democráticos en ambos niveles, cuyas responsabilidades respectivas a menudo no están claras o no se entienden bien. Es un mundo en el que el buen gobierno en una crisis de salud pública es inevitablemente un esfuerzo colegiado entre actores autónomos.

Dicho esto, concluyo que la forma constitucional de un país democrático, ya sea federal o no federal, no determina los resultados de la gestión de la pandemia, sino que establece el marco en el que se determinan esos resultados. La búsqueda de grandes logros en los Estados federales y no federales requiere diferentes estilos de liderazgo, estructuras de responsabilidad, prácticas de administración pública y expectativas de los ciudadanos. Nueva Zelanda obtuvo unos resultados extraordinarios, en parte

15. En algunas federaciones, esta autoridad regional se ha desplegado con cierto éxito para crear "burbujas" que protejan a las unidades subnacionales de la propagación del virus que afecta a otras partes del país. Durante varios meses, las provincias atlánticas de Canadá establecieron una "burbuja atlántica" con controles fronterizos y disposiciones de cuarentena. Durante este periodo, la vida transcurrió en estas provincias de una manera bastante similar a la vida en Nueva Zelanda una vez que ese país había eliminado el virus.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

porque se fijó claramente un objetivo exigente pero alcanzable -la victoria total sobre el virus- y lo persiguió con celo dentro de una estructura de autoridad claramente definida y coherente. Australia, por su parte, hizo un trabajo notable al limitar severamente el virus en un entorno constitucional y político más complejo en el que el éxito estuvo determinado por la actuación conjunta de múltiples actores autónomos. Aunque factores como la geografía y la historia desempeñaron un papel notable, quizá lo más importante a la hora de enfrentarse al coronavirus fueron dos consideraciones: la calidad del liderazgo a todos los niveles y en todos los ámbitos profesionales, que estableció un vínculo de confianza entre los líderes y los dirigidos; y el buen gobierno, que permitió una organización eficaz, intervenciones oportunas y la aplicación de los recursos necesarios del Estado para combatir la enfermedad.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

REFERENCES

- BAKER, M. G., A. KVALSVIG, y A.J. VERRALL (2020): "New Zealand's COVID-19 elimination strategy." The Medical Journal of Australia, 213(5), 198–200.e1. https://doi.org/10.5694/mja2.50735
- BOCCIA S, W. RICCIARDI, JPA IOANNIDIS (2020): "What Other Countries Can Learn From Italy During the COVID-19, Pandemic." JAMA Intern Med. 2020;180(7):927–928. doi:10.1001/jamainternmed.2020.1447.
- BURSENS, P., POPELIER, P.; MEIER, P. (2021): "Belgium's response to the first COVID-19 wave. How to manage a pandemic in a competitive federal system?" en: Rupak Chattopadhyay, (et al) The Pandemic in 2020 and Federalism, Foro de Federaciones, Routledge.
- CALNAN, M. (2020): England's Response to the Coronavirus Pandemic – Now Updated, Cambridge Core Blog, August 6: https://www.cambridge.org/core/blog/2020/04/06/englands-response-to-the-coronavirus-pandemic/
- CAMACHO, A.E.; GLICKMAN, R.L. (2020): "The Trump Administration's Pandemic Response is Structured to Fail," The Regulatory Review, University of Pennsylvania Law School, May 19, 2020: https://www.theregreview.org/2020/05/19/camacho-glicksman-trump-administration-pandemic-response-structured-fail/
- GORDON, S.H., HUBERFIELD, N.; JONES, D.K. (2020): "What Federalism means for the US Response to Coronavirus Disease 2019": https://jamanetwork.com/channels/health-forum/fullarticle/2766033.
- GRACE, C. (2021): "Perfect Storm: The Pandemic, Brexit, and Devolved Government in the UK,". en: Rupak Chattopadhyay, (et al) The Pandemic in 2020 and Federalism, Foro de Federaciones, Routledge.
- HASELL, J., MATHIEU E., et al. (2020): "A Cross-Country Database of COVID-19 Testing." Sci Data 7, 345: https://doi.org/10.1038/s41597-020-00688-8.
- KINCAID, J.; WESLEY LECKRONE, J. (2021): "COVID-19 and American Federalism: First-Wave Responses," en: Rupak Chattopadhyay, (et al) The Pandemic in 2020 and Federalism, Foro de Federaciones, Routledge.
- MAMMONE, A. (2021): "Italy's Political Crisis is an Opportunity for the Far Right," Al Jazeera, February 9. https://www.aljazeera.com/opinions/2021/2/9/italys-political-crisis-is-an-opportunity-for-the-far-right.
- NICOLA, F.G. (2020): "Exporting the Italian Model to Fight COVID-19", The Regulatory Review, University of Pennsylvania Law School, April23: https://www.theregreview.org/2020/04/23/nicola-exporting-italian-model-fight-covid-19/
- PARKER, R.W. (2020): "Lessons From New Zealand's COVID-19 Success", The Regulatory Review, June 9, https://www.theregreview.org/2020/06/09/parker-lessons-new-zealand-covid-19 success/
- WILSON, K., MCDOUGAL, C.; FIDLER, D.P.; LAZAR, H. (2008): "Strategies for Implementing the New International Health Regulations in Federal Countries," Bulletin of the World Health Organization, March, 86 (3). ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

NOTA

EL SISTEMA FEDERAL DE CANADÁ ¿UN MODELO DE INTEGRACIÓN? CRISIS SECESIONISTA EN QUEBEC Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA FEDERAL

A PROPÓSITO DE LA PUBLICACIÓN: ROMERO CARO, F. J., EL SISTEMA FEDERAL DE CANADÁ ¿UN MODELO DE INTEGRACIÓN? CRISIS SECESIONISTA EN QUEBEC Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA FEDERAL, FUNDACIÓN GIMÉNEZ ABAD, ZARAGOZA, 2021.

por Francisco Javier Romero Caro
Investigador Senior en el Instituto de Federalismo Comparado (EURAC), Bolzano

La integración de la diversidad nacional y/o regional es un desafío que afecta a todo estado compuesto, no siendo España una excepción como se ha puesto de manifiesto en los últimos tiempos. A la hora de abordar dicha situación, la experiencia comparada puede servir como fuente de aprendizaje e inspiración a la hora de articular medidas con las que intentar dar solución al reto que plantea el fenómeno de la integración.

El modelo federal canadiense, a raíz del contencioso acerca de la secesión de Quebec, ha dejado de ser aquel federalismo olvidado para convertirse en uno de los modelos de referencia a la hora de abordar las reclamaciones secesionistas en España. Sin embargo, la literatura académica española ha optado mayoritariamente por estudios parciales de la realidad canadiense, focalizados en aspectos concretos pero carentes de una visión de conjunto. De forma paralela, han proliferado las visiones interesadas o sesgadas de la experiencia canadiense tendentes a respaldar unas determinadas pretensiones políticas, ya sea entre los partidarios o los detractores de la secesión, magnificando determinados elementos como la Ley de Claridad hasta llegar incluso a construir su propio relato canadiense, distorsionando el impacto que los mismos han tenido en Canadá y Quebec.

En consecuencia, este trabajo, ganador del XVII Premio Manuel Giménez Abad para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial[1], nace con la vocación de desterrar dichas interpretaciones tergiversadas de la crisis constitucional canadiense, ofreciendo, al hilo de la reclamación secesionista en Quebec, una visión de conjunto del sistema federal de Canadá en la que se exploran con detalle los elementos troncales de este, los cuales han jugado un importante papel a la hora de acomodar a la provincia de Quebec y sus demandas.

El libro tiene como punto de partida un análisis de la crisis constitucional acaecida en Quebec a finales del pasado siglo como consecuencia de las reclamaciones de soberanía suscitadas en dicha provincia. Esta primera parte pretende identificar y desarrollar los factores que la generaron, poniendo una especial atención en el proceso de *patriación* constitucional ideado por P.E. Trudeau tendente a construir un nuevo nacionalismo pancanadiense con la Carta de Derechos y Libertades como elemento central y cómo este choca con la visión dominante en Quebec de la Confederación como un acuerdo entre los dos pueblos fundadores. La negativa por parte del Tribunal Supremo a acoger esta visión ahondará aún más en el sentimiento de rechazo y marginación existente en Quebec tras quedarse al margen de la *patriación* constitucional, circunstancia que no se verá remediada debido al fracaso de las rondas constitucionales del Lago

1. Me gustaría aprovechar estas líneas para agradecer al jurado del Premio la confianza otorgada para recibir tan prestigioso galardón, así como para recordar la figura de Manuel Giménez Abad y de todas las víctimas del terrorismo, cuya defensa de los valores democráticos de libertad y convivencia no debe caer en el olvido.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Meech (1987) y Charlottetown (1992) que ambicionaban reintegrar a esta provincia en el consenso constitucional. La frustración generada durante dicho proceso acabará desembocando en el punto de mayor tensión constitucional en la historia de Canadá: el referéndum de soberanía de Quebec celebrado en 1995.

Junto a las causas de la crisis constitucional, esta primera parte también presta atención a las consecuencias de la misma, tanto en el plano jurídico como en el político, reflexionando acerca de las medidas puestas en marcha por el gobierno federal para afrontar el reto planteado por el soberanismo y evitar, en la medida de lo posible, su reedición en el futuro. En el jurídico, destaca especialmente el dictamen sobre la secesión de Quebec, el cual supone un cambio de paradigma en la forma de concebir la Constitución de Canadá con respecto al clásico del federalismo norteamericano, que negaba tajantemente la secesión, al abordar esta problemática desde el derecho interno, perfilando el Tribunal Supremo los criterios que deben guiar la conducta de los actores políticos ante el deseo claro de la población de una provincia de dejar la federación canadiense, voluntad que, necesariamente, deberá ser articulada a través de un proceso de reforma constitucional. En relación con el tratamiento de la secesión desde el derecho interno, se intenta aclarar los conceptos que integran la construcción efectuada por el Tribunal, especialmente aquellos –caso del sentido cualitativo de la mayoría clara- que han sido olvidados por parte de la doctrina española. En el plano político, se expone la reacción federal y provincial al dictamen, cuestionándose la idoneidad de la Ley de Claridad como herramienta de distensión y solución de conflictos, así como relativizando su importancia a la hora de rebajar la tensión secesionista en Quebec. Finalmente, esta parte termina realizando un recorrido por los diferentes intentos, de marcado carácter político, tendentes a alcanzar una progresiva integración de la diferencia quebequesa, cuestión que es abordada desde dos vectores principales: la lengua y la educación.

Una vez sentadas las bases, la obra pasa a centrarse en tres elementos troncales que conforman el sistema constitucional canadiense, el modelo de distribución de competencias, el sistema institucional y el sistema de financiación; analizando cómo estos han influido en la gestión de la crisis constitucional. En cada uno de ellos, se realiza un análisis de conjunto, prestándose atención a las particularidades propias del sistema federal de Canadá que lo alejan los modelos federales clásicos y, en particular, a los elementos de flexibilidad del mismo, pues estos han desempeñado un rol clave a la hora de acomodar las demandas de Quebec en el seno de la federación. En el primero de ellos, se presenta el modelo de distribución de competencias desde un enfoque sistemático con la finalidad de ilustrar cómo este ha ido evolucionando desde la rigidez del diseño constitucional original hacia una flexibilidad práctica gracias a la interpretación judicial, tomando un camino diametralmente opuesto al de los Estados Unidos, especialmente en relación a las competencias de índole económica. De igual modo, se resalta la condición integradora del federalismo asimétrico, instrumento que ha sido utilizado como vía para dotar de competencias a Quebec a través de las que dicha provincia pueda desarrollar su carácter distintivo sin que ello resulte en un menoscabo del principio de igualdad entre territorios. El segundo se adentra en el sistema institucional, para mostrar cómo el modelo federal canadiense cuenta con un Senado disfuncional que para nada responde al canon federal clásico. Esta circunstancia ha dado lugar al desarrollo de otras vías de diálogo y cooperación a través de las que canalizar las relaciones entre centro y periferia. No solo a través de un avanzado sistema de relaciones intergubernamentales, tanto a nivel horizontal como vertical, sino también gracias otras instituciones como el Tribunal Supremo, quien ha desempeñado un rol clave como árbitro territorial convirtiéndolo en una fuerza de equilibrio del sistema. Finalmente, este trabajo también presta atención a una temática a veces relegada a un segundo plano desde el Derecho Constitucional como es el federalismo fiscal. En dicha línea, se aborda su papel como elemento de integración, evaluando

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

su eficiencia con el fin de averiguar si, como frecuentemente suele defenderse desde Quebec, este contribuye a centralizar la federación a expensas de la autonomía provincial. Para ello, el estudio se centra en dos aspectos principales, los desequilibrios verticales consecuencia de una distribución desigual de los poderes tributarios y la importancia del sistema de transferencias federales con las implicaciones que ello conlleva en términos de autogobierno para las provincias, y, por otro, la corrección federal de las desigualdades territoriales gracias al programa de nivelación. En torno a ambas cuestiones está presente el papel adoptado por la provincia de Quebec, pues sus reclamaciones de una mayor autonomía han sido decisivas en la configuración y evolución del sistema, así como en la naturaleza asimétrica del mismo.

Como resultado, este trabajo pretende mostrar cómo el sistema federal de Canadá ha optado en estos tres ámbitos por soluciones alejadas del modelo federal clásico, las cuales no lo han desnaturalizado, sino que, por el contrario, han posibilitado, de forma más o menos exitosa, dar cabida a las diferentes sensibilidades territoriales que coexisten en la federación –no solo a la de Quebec, aunque sí singularmente–.

La experiencia canadiense al afrontar de manera satisfactoria un reto de tal magnitud como el planteado por la pretensión secesionista quebequesa, que tensionó enormemente las costuras del sistema constitucional hasta volver a alcanzar la estabilidad, puede ser de gran interés para España. En consecuencia, las lecciones extraídas de esta, leídas con las necesarias cautelas que toda migración de ideas requiere, pueden ser de utilidad para elaborar un marco jurídico con el que dotar de flexibilidad al sistema constitucional español en busca de un correcto acomodo de las diferentes sensibilidades territoriales, reduciendo el apoyo a la secesión y evitando la quiebra del mismo. Con ello, el libro ambiciona no solo ser un instrumento de conocimiento académico, sino también tener un trasfondo práctico, pudiendo modestamente contribuir a afrontar los enormes retos en relación con la integración territorial que España como sociedad debe afrontar. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

NOTA

DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA A NIVEL ESTATAL Y MUNICIPAL EN MÉXICO: EL CASO DE PUEBLA

por Domingo Bautista Ruiz

Abogado por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Máster Universitario en Derecho Constitucional 2019-2020 CEPC-UIMP

I. INTRODUCCIÓN

El día veinticuatro de marzo de 2019 el gobierno del estado de Puebla, México, emitió el "Decreto del Ejecutivo del Estado, por el que asume el mando de la Seguridad Pública Municipal en todo el Territorio del Municipio de Puebla"[1], mediante el cual, como se puede inferir del propio título del mismo, determinó asumir el control de las fuerzas de seguridad en el municipio de Puebla, donde se encuentra ubicada la ciudad de Puebla de Zaragoza, capital de dicho estado mexicano, con motivaciones y argumentos relativos a la falta de capacidad del gobierno municipal de atender en forma adecuada las necesidades de seguridad pública[2]. Mediante el presente trabajo, como se ha señalado, lo que se pretende es realizar un breve análisis acerca de si a nivel constitucional y de acuerdo con el sistema de distribución de competencias, el gobierno del estado de Puebla actúo conforme a las facultades que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, le confieren.

El análisis que se pretende realizar es debido a que en México el sistema federalista tiene un problema similar al de los Estados Unidos en cuanto a las relaciones con los gobiernos municipales que conforman las entidades federativas, que como señala Wright, "El federalismo ha tendido a centrarse sobre todo en las relaciones entre el gobierno nacional y el gobierno estatal, excluyendo a veces la parte tocante al gobierno o gobiernos locales." (Wright 1978: 7-8); esto se debe poner en evidencia, pues la propia Constitución mexicana establece en su artículo 115, que los estados deben adoptar como base de su organización política la figura de los municipios libres; no obstante, se insiste que se tiende a relegar a esta forma de organización política que es la base de los estados miembros de la federación, y esto se puede apreciar precisamente del análisis del decreto gubernamental que se analiza por las consideraciones que aquí se realizarán.

En primer lugar, para contextualizar la realidad jurídica bajo la que se emitió el decreto que se analiza, hay que mencionar que, en la Constitución local de la entidad federativa

1. Cabe hacer la mención que, a la fecha de elaboración del presente trabajo, dicho decreto fue impugnado ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el gobierno municipal afectado por el mismo, mediante la controversia constitucional 46/2020, siendo admitida a trámite el 23 de marzo de 2020 (Suprema Corte de Justicia de la Naciónb, 2020: 3) por lo cual se hace la precisión que el análisis que se hace en este ensayo es meramente académico, al estar dicho asunto pendiente de resolución.

2. En relación con lo anterior, el día 24 de marzo de 2021, el gobierno del estado de Puebla, publicó en el Periódico Oficial del Estado, el "Decreto del Ejecutivo del Estado, por el que en términos de la fracción VII del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ha actualizado la hipótesis normativa para concluir que concurren en el Municipio de Puebla circunstancias de alteración grave del orden público; por lo que los cuerpos de Seguridad Pública del Honorable Ayuntamiento del Municipio de Puebla, acatarán las órdenes que el Gobernador Constitucional les trasmita, por sí o por conducto de quien designe para tal efecto, mismo que comprenderá todo el territorio del Municipio de Puebla, incluyendo sus Juntas Auxiliares." (Periódico Oficial del Estado de Puebla, 2021), mediante el cual reitera su asunción de las funciones de seguridad en el municipio de Puebla, como su propia denominación lo indica, motivo por el cual el tema que se analiza continúa siendo vigente.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de Puebla, se establece lo siguiente: "Artículo 104. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: ... h). Seguridad Pública..." (Gobierno del estado de Puebla a, 2020: 90); además de lo antes señalado, en el mencionado decreto que se analiza se funda en que esa misma norma, se establece lo siguiente: "Artículo 79. Son facultades y obligaciones del Gobernador del Estado: ... X.- Asumir el mando de la policía preventiva municipal, en aquellos casos que éste juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del orden público;" (Gobierno del estado de Puebla a, 2020: 70-71). Además de lo anterior, en el mismo documento se remite al contenido de los artículos 211 y 212 de la Ley Orgánica Municipal[3], en los cuales se señala que la competencia en materia de seguridad pública corresponde al municipio con excepción de los casos en que deban acatar instrucciones del gobierno estatal por causas de fuerza mayor o cuando exista alteración del orden público (Gobierno del estado de Puebla c, 2020: 114-115); pero, ¿es posible considerar que dichos preceptos son fundamentación suficiente para la asunción del estado de las funciones de seguridad del municipio de Puebla? El propio decreto pretende dar respuesta a interrogantes similares, ya que en el mismo se hace referencia a la sentencia de la controversia constitucional 92/2010 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues el antes referido asunto versó también sobre la asunción de funciones de seguridad municipal por parte de un gobierno estatal, en ese caso, el gobierno del estado de Nuevo León, asumiendo las funciones de seguridad del municipio de San Pedro Garza García, determinando en dicho caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que los estados pueden asumir las funciones de seguridad por los municipios siempre y cuando sea con motivo de una situación que lo amerite por fuerza mayor u orden público en el entendido de que dicha sustitución de autoridades es temporal refiriendo que además en dicha sentencia se establece la posibilidad de los niveles de gobierno de actuar en forma coordinada en materia de seguridad pública (como se cita en Gobierno del estado de Puebla b, 2020: 15-16)

Ahora bien, resulta importante tambien hacer mención de que en el caso en estudio, el estado y el municipio no están actuando de manera coordinada, por considerar el gobierno estatal que existen causas de alteración del orden público por las cuales debe asumir dichas funciones de seguridad. No obstante, por la antes señalado, aquí surge una pregunta interesante: ¿cómo se determina cuál debe ser la temporalidad de la asunción de las referidas funciones? Esto, porque en el mencionado decreto, particularmente en el punto tercero del mismo, se establece que la temporalidad del mismo será la misma que el tiempo necesario para garantizar el orden público y la seguridad de los ciudadanos, pero esto se puede considerar como un vacío legal, pues al conferírsele al gobierno de la entidad federativa discrecionalidad sobre la temporalidad de dicha medida, podría fácilmente omitir devolver el control de las fuerzas de seguridad pública municipales al gobierno del municipio correspondiente. En tales circunstancias se estaría ante un panorama en el cual existe un desequilibrio en el sistema de reparto competencial, pues a nivel constitucional se ha soslayado la existencia de los municipios, pues las leyes mexicanas, en particular la Constitución Política de México, en su artículo 124 establece que las facultades no reservadas a la federación, se entienden entonces como reservadas para los estados.

Pero, en relación con lo anterior, debe hacerse notar que Carpizo señala que, en el caso del sistema federal mexicano, como lo establece el artículo 115 de la Constitución mexicana, la base territorial, administrativa y política es el municipio libre, como parte de los principios organizativos de las entidades federativas, principios que al ser violados, destruyen el orden jurídico propio de las mismas (Carpizo, 1972: 516-517). Además,

3. Para el municipio de Puebla.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

en el caso particular que se analiza, en la Ley Orgánica Municipal[4], en el artículo 2, se establece de igual manera que el municipio es la base de la organización administrativa, territorial y política de la entidad federativa, además de que su propósito es el de, dentro de su esfera competencial, satisfacer las necesidades colectivas de sus habitantes.

II ¿QUÉ DISPONE AL RESPECTO LA CONSTITUCIÓN MEXICANA?

Ahora bien, como ha quedado establecido con antelación en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece con claridad en el artículo 115, fracción III, inciso h), que la seguridad pública queda a cargo de los mismos conforme a las legislaciones federales y estatales en la materia, con lo que en principio se puede entender que en realidad a nivel constitucional federal, la competencia en dicha materia está debidamente delimitada puesto que se confiere expresamente a las municipalidades. Es decir, si bien es cierto, se señala en la Constitución mexicana que las facultades no reservadas a la federación, sí lo están a los estados, no obstante, como ya se mencionó, también en la Constitución federal se encuentra precisado qué facultades les corresponden a los municipios. Es decir, si bien es cierto el Estado no se está reservando la ordenación jurídica de los municipios, pero resulta claro que tampoco la está dejando al arbitrio de las entidades federativas, al menos en el caso concreto, es decir, en materia de competencias relacionadas con la seguridad pública, pues se establece a nivel constitucional federal por lo que no sería una competencia residual para los estados integrantes de la federación.

A pesar de que lo anterior parezca claro, los propios legisladores han considerado que el contenido del artículo 115 constitucional es “una camisa de fuerza para los municipios”, y que sus facultades deberían estar determinadas acorde con las características propias de cada uno, así como también que resultaría provechoso la existencia de leyes que reglamentaran los artículos 115 y 21 constitucionales (Senado de la República, 2020). Respecto del referido artículo 21, hay que precisar que el mismo establece que la seguridad pública compete a la federación, los estados y los municipios (Cámara de Diputados, 2020). En ese sentido, puede resultar cierto que las facultades de los municipios deban ser determinadas de acuerdo con sus características especiales, ya que es posible que en determinadas circunstancias un municipio pueda llegar a contar con facultades que no pueda ejercer por falta de capacidad en cuando a recursos, ya sea humanos, materiales o económicos, y uno de ellos puede resultar la seguridad, sobre todo en municipios de alta marginación y también de alta incidencia delictiva.

No obstante, cabe considerar la posibilidad de que contrario a lo que expone la cámara alta de México, en realidad los preceptos constitucionales no sean realmente un candado, al menos en cuanto a la competencia de los municipios respecto de la seguridad pública, sino que por el contrario son la delimitación clara y expresa de las competencias con que cuenta la figura del municipio como defensa de sus facultades y atribuciones constitucionales, al menos en las funciones de seguridad pública, pues en dos preceptos legales del mismo dispositivo está expresamente señalada una competencia correspondiente a los municipios del Estado mexicano, lo cual no es así en todos los casos, pues habrá atribuciones de los municipios con una menor regulación a nivel constitucional.

Además de lo antes precisado, cabe señalar que en ningún precepto de la constitución federal se establece que los estados puedan restar facultades conferidas por ella misma,

4. Para el municipio de Puebla.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

a los municipios, pues como ya se ha expuesto, solamente establece el reparto competencial entre estados y federación. No obstante, como se ha venido mencionando, el artículo 115, en relación con el 21, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son claros en el sentido de que al menos en materia de seguridad pública, que es la materia sobre la que versa el decreto cuyo alcances y efectos se analizan, los municipios cuentan con facultades bien delimitadas.

III. LA INCAPACIDAD DE LOS MUNICIPIOS COMO JUSTIFICACIÓN DE LA INVASIÓN DE ESFERAS DE COMPETENCIA

Si bien es cierto, del análisis que se ha realizado en el presente trabajo se puede llegar a concluir que el gobierno del estado de Puebla cuenta con todas las facultades constitucionales[5] para asumir las funciones de seguridad pública en los municipios que lo integran, no es menos cierto que el Estado mexicano podría tener una mejor distribución de competencias o al menos una con una mayor delimitación, pues como ya se ha señalado en el cuerpo de este ensayo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece con claridad meridiana que la base de la organización política, administrativa y territorial de las entidades federativas que conforman la República mexicana son los municipios, además de que en esa misma norma se encuentra expresamente señalada la competencia de los municipios en materia de seguridad pública en su ámbito territorial, además de que en ningún precepto de la Constitución federal se encuentra establecido que los estados puedan asumir las competencias conferidas expresa y directamente a los municipios, sino, como se ha mencionado en líneas anteriores, solamente las consideradas no exclusivas para el gobierno federal, no obstante se debe tomar en cuenta que al ser un sistema federal, los estados cuentan con un grado de autonomía en sus formas de gobierno, motivo por el cual en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla se establecen mayores regulaciones sobre la relación entre los municipios y el estado acerca de las funciones correspondientes a cada nivel de gobierno; esta situación podría ser retomada siendo objeto de posterior análisis, ya que en este caso podría llegar a apreciarse que el estado no solo está invadiendo la esfera competencial de los municipios al relevarlos de determinadas funciones, sino que también podría estar invadiendo la esfera competencial del Estado federal al existir una regulación expresa sobre determinado ámbito competencial correspondiente al nivel municipal de organización política y en consecuencia, afectando la integridad del orden jurídico, tanto de la entidad federativa, como del municipio afectado por el decreto. No obstante, tampoco resulta menos cierto que en ocasiones los niveles de gobierno se ven rebasados en sus capacidades para poder atender debidamente las necesidades de los habitantes del Estado, ya sea a nivel municipal o estatal, es decir, incumpliendo con parte de la motivación para su existencia, y es ahí cuando en el primer caso, las entidades federativas asumen la seguridad en determinados municipios, y en el segundo, el Estado mexicano hace lo mismo en determinadas entidades federativas. Lo anterior no es necesariamente malo, no obstante, lo ideal sería que cada nivel de gobierno tuviera específicamente delimitadas sus competencias, en primer lugar, para que existiera una adecuada distribución de estas y también con el fin de que existiera menor posibilidad de suscitarse controversias constitucionales motivadas por la invasión de las esferas competenciales entre los diferentes niveles de gobierno.

5. De conformidad con la Constitución de ese mismo estado, derivado de los criterios señalados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia de 12 de mayo de 2014, dictada dentro de la controversia constitucional 92/2010, donde la Corte determina que los estados sí pueden asumir las funciones de seguridad correspondientes a los municipios, derivado de la emisión de una ley reglamentaria en la materia (Suprema Corte de Justicia de la Nación a, 2020: 100), precisándose que en este caso, no se emitió ley reglamentaria alguna, sino un decreto que detalla en forma algo ambigua sus propios alcances, en particular los temporales, lo cual ya se ha hecho notar en este ensayo.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA DE DIPUTADOS. CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2020): Obtenido de Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm, (28 de marzo de 2020)
- CARPIZO, Jorge. (1972). Sistema federal mexicano. En CAMARGO, P. P., et al, *Los sistemas federales del continente americano*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica pp. 463-547.
- GOBIERNO DEL ESTADO DE PUEBLAa. (2020): Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla. Obtenido de Orden Jurídico Poblano: https://ojp.puebla.gob.mx/index.php/constitucion-local, (29 de marzo de 2020)
- GOBIERNO DEL ESTADO DE PUEBLAb. (2020): Decreto del Ejecutivo del Estado, por el que asume el mando de la Seguridad Pública Municipal en todo el Territorio del Municipio de Puebla. Obtenido de Orden Jurídico Poblano: https://ojp.puebla.gob.mx/index.php/zoo-items-landing/category/ejecutivo?f=1, (28 de marzo de 2020)
- GOBIERNO DEL ESTADO DE PUEBLAc. (2020): Ley Orgánica Municipal. Obtenido de Orden Jurídico Poblano: https://ojp.puebla.gob.mx/index.php/zoo-items-landing/category/puebla/3, (29 de marzo de 2020)
- PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE PUEBLA. (2021): DECRETO del Ejecutivo del Estado, por el que en términos de la fracción VII del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ha actualizado la hipótesis normativa para concluir que concurren en el Municipio de Puebla circunstancias de alteración grave del orden público; por lo que los cuerpos de Seguridad Pública del Honorable Ayuntamiento del Municipio de Puebla, acatarán las órdenes que el Gobernador Constitucional les trasmita, por sí o por conducto de quien designe para tal efecto, mismo que comprenderá todo el territorio del Municipio de Puebla, incluyendo sus Juntas Auxiliares. PERIODICO OFICIAL. http://periodicooficial.puebla.gob.mx/media/k2/attachments/T_E_V_24032021_C.pdf, (26 de marzo de 2021)
- SENADO DE LA REPÚBLICA. (2020): Atribuyen al 115 constitucional ser camisa de fuerza para municipios. Obtenido de Coordinación de Comunicación Social, Senado de la República: http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/43145-atribuyen-al-115-constitucional-ser-camisa-de-fuerza-para-municipios.html, (29 de marzo de 2020)
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓNa. (2020): CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 92/2010. Obtenido de Secretaría General de Acuerdos | Sentencias y Datos de Expedientes | Suprema Corte de Justicia de la Nación: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123663, (30 de marzo de 2020)
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓNb. (29 de marzo de 2020). LISTA DE NOTIFICACIONES. SECCIÓN DE TRÁMITE DE CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y DE ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. Obtenido de Lista de Notificación de la Sección de Trámite de Controversias Constitucionales y de Acciones de Inconstitucionalidad | Suprema Corte de Justicia de la Nación:

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/notific_controversias_constit/documento/2020-03/LISTA%20DE%2024%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf, (29 de marzo de 2020)

- WRIGHT, Deil S. (1978): Del federalismo a las relaciones intergubernamentales en los Estados Unidos de América: una nueva perspectiva de la actuación recíproca entre el gobierno nacional, estatal y local. *Revista de Estudios políticos,* número (6), pp. 5-28. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

NOTA

RESEÑA: RUPAK CHATTOPADHYAY / DIANA CHEBENOVA / PHILLIP GONZALEZ / FELIX KNÜPLING / LIAM WHITTINGTON (EDS.), THE PANDEMIC IN 2020 AND FEDERALISM. (FORUM OF FEDERATIONS, ROUTLEDGE, 2021)

Por Mario Kölling
UNED, Fundación Manuel Giménez Abad

La pandemia causada por la Covid-19 está provocando profundas consecuencias en casi todos los aspectos de nuestra vida privada, en el espacio público y en las instituciones del Estado. La pandemia también ha originado numerosos estudios de diferentes disciplinas académicas y ha incentivado cooperaciones y logros científicos entre los que destacan sin duda los esfuerzos públicos y privados para la creación de vacunas contra la Covid-19. Aunque se están estudiando una multitud de variables que permiten analizar las causas de la propagación de la Covid-19 y la mortalidad durante las diferentes olas, p. ej. el comportamiento social, la estructura urbanística, el gasto en sanidad per cápita, el número de UCI por 100.000 habitantes o el número de rastreadores; la gestión de la pandemia de la Covid-19 atrajo mucha atención sobre las diferentes formas de organización territorial del poder y las capacidades de los gobiernos de diferentes niveles de enfrentarse a la pandemia. Uno de los esfuerzos más destacados en este sentido es el proyecto de investigación "The Pandemic in 2020 and Federalism" coordinado por el Foro de las Federaciones. El Foro de Federaciones es una organización que fue fundada en 1999 por Canadá y que ahora recibe financiación de otras siete federaciones. En este proyecto participaron expertos sobre sistemas federales de diferentes Estados durante el año 2020[1]. El resultado de esta investigación, con un análisis comparado de los diferentes estudios de caso por parte de los editores, se va a publicar en la prestigiosa editorial Routledge en las próximas semanas.

Varios estados federales o políticamente descentralizados estaban especialmente afectados: los EEUU, India, Brasil, el Reino Unido, Italia, Alemania, Argentina y España. Aunque algunos países federales lograron controlar la primera ola de la pandemia, p.e. Alemania, en posteriores olas se enfrentaron ante retos muy importantes. Lejos de intentar atribuir a la organización territorial un impacto decisivo en la gestión de la pandemia, en este libro colectivo se analizan los rasgos característicos de los sistemas federales y cómo han reaccionado a la pandemia. Por su propia naturaleza, las federaciones son más complejas que los estados unitarios. No hay dos federaciones iguales, ya que sus acuerdos institucionales se desarrollaron en respuesta a realidades históricas, sociales y políticas específicas. La pandemia de Covid-19 fue un elemento crucial para analizar el funcionamiento de los sistemas federales, colocando al federalismo bajo el microscopio.

A pesar de las dificultades para comparar los diferentes sistemas federales, para conseguir una congruencia entre los diferentes capítulos y para facilitar una cierta comparación, todos los autores siguieron unas preguntas claves y una estructura similar en los respectivos capítulos. Las preguntas transversales que se plantearon a todos los autores fueron ¿Cómo respondieron los sistemas federales a la pandemia durante el primer semestre de 2020, cuando se requería una acción rápida, concertada y eficaz

1. Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Unión Europea, México, Estados Unidos. Alemania, Argentina, Australia, Austria, Canadá, Etiopía, India, Suiza. Italia, Kenia, Malasia, Nepal, Nigeria, Pakistán, Rusia, Sudáfrica, España, Reino Unido.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

para limitar la proliferación del virus y las consecuencias socioeconómicas de la crisis?; ¿Cómo actuaron los gobiernos posteriormente? ¿Se han producido cambios en la dinámica federal, p.e. se puede constatar una mayor descentralización o centralización de las responsabilidades debido a la pandemia? *¿Se ha incrementado la interacción horizontal y vertical? ¿En qué medida han sido útiles las instituciones* y procesos de las relaciones intergubernamentales existentes? Y finalmente de cara al futuro, ¿Qué consecuencias tendrá la pandemia a largo plazo para los sistemas federales? Es imposible resaltar todas las conclusiones de esta publicación que recopila una gran cantidad de datos empíricos perfectamente estructurados, pero a continuación me gustaría resaltar algunas de estas conclusiones.

Tras un breve análisis sobre el impacto socioeconómico de la pandemia en cada país, los autores se centran en el estudio de los diferentes niveles de gobierno y las instituciones que se encargaron de la gestión de la situación de emergencia y la prestación *de la asistencia sanitaria*. En términos generales, los autores subrayan que todos los países analizados fueron sorprendidos por la proliferación del virus, pero en la gran mayoría de los casos los gobiernos se esforzaron rápidamente en formular respuestas coherentes de salud pública y de política pública. Aunque la respuesta fue en la mayoría de los casos tarde y estuvo gestionada desde los gobiernos centrales, a medida que la pandemia se ha ido prolongando, los gobiernos de las unidades constitutivas han desempeñado un papel cada vez más importante. Las decisiones tomadas de forma descentralizada se adaptaron a las necesidades locales de la población, p.e. en Estados federales altamente centralizados como Malaysia, los gobiernos de las unidades constitutivas contrataron sus propios recursos para llevar a cabo sus respectivas pruebas y rastreo de contactos. También en otras federaciones, fueron -como el orden de gobierno más cercano al ciudadano - las unidades constitutivas indispensables para el seguimiento, aislamiento y tratamiento de los focos de infección. En este sentido, el federalismo se ha ofrecido como orden institucional que permite experimentar con soluciones diferentes a los problemas. El federalismo también ha facilitado el aprendizaje. Por ejemplo, en Australia, el estado de Victoria aplicó fuertes medidas de cuarentena en la fase inicial de la pandemia, y otros estados utilizaron la experiencia de Victoria para revisar y perfeccionar sus propias normas de cuarentena. Por otro lado, los métodos de rastreo de contactos empleados en Nueva Gales del Sur que se consideraron eficaces, fueron adoptados por Victoria.

A pesar de estas ventajas claras del federalismo, en casi todos los estudios de caso se menciona también la demanda en la opinión pública hacia enfoques uniformes y una estrategia nacional coherente. En la mayoría de los casos se criticó que los solapamientos normativos y los déficits de coordinación pueden haber obstaculizado la búsqueda de respuestas eficaces a la pandemia. El ejemplo de Bélgica demuestra que el federalismo puede duplicar las funciones del gobierno y, por lo tanto, llevar a políticas superpuestas o contradictorias en diferentes niveles de gobierno.

La cooperación asume un rol destacado. La cooperación permanente entre las unidades constitutivas y los gobiernos federales facilitó la toma de decisiones de forma moderada y consensuada. La ausencia de esta cooperación puede tener consecuencias graves como muestra el ejemplo de EEUU. La creación de organismos como el Gabinete Nacional en Australia, las frecuentes reuniones de la conferencia de los primeros ministros en Alemania, así como las conferencias de los gobiernos de las unidades subestatales (como en Argentina, Austria y España) reflejan hasta qué punto la colaboración se ha intensificado incluso en sistemas federales que no contaban con mecanismos institucionalizados de cooperación intergubernamental.

Mientras que los ejecutivos de diferentes niveles se reunieron en varios foros para discutir la respuesta a la pandemia, los parlamentos, en particular a nivel subestatal,

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

se mantuvieron al margen durante la mayor parte de 2020 y el federalismo ejecutivo dominó la toma de decisiones durante este tiempo. Por razones de seguridad, pasaron varios meses antes de que se pudieran celebrar sesiones virtuales o reducidas de los Parlamentos nacionales y subestatales, cediendo entretanto el espacio político a los ejecutivos nacionales y subestatales. Además, en casi todos los países, el marco legal para la gestión de crisis y emergencias se centró en la toma de decisiones del ejecutivo. Sin embargo, el escrutinio legislativo fue necesario porque la duración de la crisis obligó a los gobiernos a recurrir a los parlamentos para obtener la aprobación de medidas financieras y de otro tipo. Sin embargo, y como una crítica, en los diferentes capítulos no se ha profundizado lo suficiente en el rol de los parlamentos durante la pandemia, un análisis más detallado hubiera evidenciado también algunas excepciones.

Finalmente, me gustaría subrayar otro aspecto del análisis. A pesar del pronosticado crecimiento económico durante los próximos años, el impacto de la Covid-19 en las economías mundiales y nacionales fue y es muy importante. Los paros prolongados y la pérdida de puestos de trabajo han destruido los medios de subsistencia en muchas partes del mundo. La disminución de la actividad económica y la pérdida de puestos de trabajo han provocado también una reducción de los ingresos de todos los niveles de gobierno. Sin embargo, el impacto de esta recesión es asimétrico. El hecho de que los gobiernos federales tengan mayor capacidad de emitir deuda y una mayor capacidad fiscal o puedan contar con la ayuda de los niveles supranacionales marca una gran diferencia en su capacidad para gestionar la crisis económica. Durante el año 2020 los gobiernos federales pudieron impulsar grandes paquetes de estímulo y la participación de las unidades subestatales fue muy diferente entre los estados analizados. Los gobiernos estatales y locales son mucho más vulnerables ante choques económicos como la Covid 19, y esto se refleja en el déficit fiscal al que ahora se enfrentan las unidades sub-estatales. Aunque en muchos países se han suspendido las normas de la limitación al endeudamiento, esta suspensión no representa una eliminación y en muchos sistemas federales - especialmente en el contexto de la Unión Europea- se espera un debate intenso sobre los frenos constitucionales al endeudamiento en los próximos años.

La obra colectiva está sistemáticamente estructurada y coordinada, y sin duda supone una contribución muy importante no solo para analizar los efectos de la pandemia en los países federales, sino también para analizar cómo las instituciones han reaccionado. Cabe esperar qué efectos va a tener la crisis en el futuro para las dinámicas en los países federales, en algunos países las demandas hacia una reforma del federalismo se hacen ya palpables.

Es importante destacar que, en el momento de publicar la obra, la pandemia aún no ha terminado y es probable que pase algún tiempo antes de que se pueda mirar atrás y ofrecer un veredicto más definitivo sobre cómo afectó la crisis de la Covid-19 a la práctica del federalismo a nivel mundial. No obstante, sería importante aprovechar la coyuntura actual y la memoria reciente para que las experiencias de la crisis no sean en vano, sino que sean aprovechadas para, tras una evaluación profunda, reformar los sistemas de gobierno multinivel y hacerlas más preparadas ante futuras situaciones de emergencia. En este contexto la lectura de esta obra es altamente recomendada para tener presente los diferentes ejemplos de buenas prácticas y deficiencias en la gestión de la crisis en los sistemas federales durante el año 2020. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

EVA SÁENZ ROYO

37 INFORME
EL ESTADO AUTONÓMICO Y LA GESTIÓN JURÍDICA DE LA PANDEMIA
por Ana Carmona Contreras

54 NOTA
"A VUELTAS" CON LA DESCENTRALIZACIÓN EDUCATIVA: LA EXPERIENCIA EN TIEMPOS DE COVID-19
por Carles López Picó

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

EL ESTADO AUTONÓMICO Y LA GESTIÓN JURÍDICA DE LA PANDEMIA

THE AUTONOMOUS STATE AND THE JUDICIAL ADMINISTRATION OF THE PANDEMIC

por Ana Carmona Contreras
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla

Cómo citar este artículo / Citation:
Carmona Contreras, Ana (2021):
El estado autonómico y la gestión jurídica de la pandemia, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0102

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

El presente informe analiza el impacto que la gestión de la crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus SARS-CoV-2 ha proyectado sobre el Estado autonómico. La declaración del primer estado de alarma, la etapa inmediatamente posterior de nueva normalidad, así como la segunda alarma activada para contener los avances de la segunda ola de contagios ponen de manifiesto rasgos configuradores muy diversos desde la perspectiva de la gestión de la crisis sanitaria a escala territorial. Tomando en consideración la existencia de una distinta aproximación al fenómeno se constata una dinámica de intensidad variable relativa a la efectividad del principio de descentralización territorial en materia de salud pública.

Palabras clave: estado de alarma, nueva normalidad, restricción de derechos fundamentales, cogobernanza.

ABSTRACT

This report analyzes the impact that the management of the health crisis caused by the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic has projected on the Autonomous State. The declaration of the first state of alarm, the immediately subsequent stage of a "new normality", as well as the second alarm were activated to contain the advances of the second wave of infections, but reveal very different features from the perspective of the territorial management of the health crisis. Taking into consideration the existence of a different approach to the phenomenon, a dynamic of variable intensity is observed regarding the effectiveness of the principle of territorial decentralization in matters of public health.

Keywords: state of alarm, new normal, restriction of fundamental rights, co-governance.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN. COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y CRISIS SANITARIA

Aunque el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró oficialmente la existencia de una pandemia a escala global causada por el coronavirus SARS-CoV-2, ya desde finales del mes de febrero el azote del coronavirus en nuestro país se mostraba como una realidad en continua progresión. El avance exponencial del número de infectados en un corto espacio de tiempo obligó a la adopción de medidas orientadas a frenar la expansión del virus cuya autoría recayó, en estos momentos iniciales, en las autoridades autonómicas. Dado que la titularidad de la competencia en sanidad corresponde a las Comunidades Autónomas (CCAA), desde dicho ámbito se activaron respuestas de diversa índole tomando como referencia las previsiones contenidas en la normativa sectorial, con particular preeminencia de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMEMSP) y su artículo 3, en el que se dispone lo siguiente: "Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

Utilizando como asidero jurídico esta cláusula de apertura indeterminada que habilita en términos genéricos la adopción de aquellas medidas "*que se consideren necesarias en caso de riesgo*", las respuestas articuladas por las autoridades sanitarias autonómicas no se hicieron esperar y fueron desde la inmovilización de los clientes de un hotel en Tenerife en el que se diagnosticó un caso positivo de Covid-19 (decisión ratificada por la instancia judicial correspondiente) a la suspensión de toda la actividad lectiva en centros de enseñanza en la Comunidad de Madrid (acordada por la Orden 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad), pasando por el confinamiento perimetral de diversos municipios de la provincia de Barcelona (Resolución INT/718/2020, de 12 de marzo de 2020, de la Generalitat de Cataluña). Se trataba, en todo caso, de actuaciones parciales y territorialmente circunscritas y que dejaron en evidencia los limitados efectos del despliegue de una estrategia de actuación pública fragmentada en el marco de un escenario de avance global de la enfermedad. Asimismo, la gravedad de la situación concurrente, que exigía la aplicación de medidas altamente gravosas para el ejercicio del derecho fundamental de libertad de movimientos (artículo 19 CE), así como de otros vinculados al mismo trajo consigo la necesidad de aplicar decisiones a escala nacional haciendo uso de los instrumentos constitucionalmente idóneos.

En este contexto de fondo marcado por la conjunción entre la progresión ininterrumpida de los contagios y su impacto directo sobre la libertad ambulatoria, el estado de alarma se perfiló como la vía jurídica pertinente a la que recurrir, puesto que la concurrencia de una situación de "graves alteraciones de la normalidad" derivada de "crisis sanitarias, tales como epidemias" figura como uno de los supuestos contemplados por el artículo 4 a) de la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOEAES) para la activación dicho estado. En un clima de creciente preocupación ciudadana, el 13 de marzo, el presidente del Gobierno anunció su intención de declararlo tras la celebración de un Consejo de Ministros extraordinario. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo definió la hoja de ruta llamada a regir la alarma durante el plazo inicial de 15 días constitucionalmente previsto (artículo 116.2 CE). Transcurrido el mismo, con posterioridad, el Congreso de los Diputados avalaría su mantenimiento hasta el 21 de junio, habiendo concedido las preceptivas prórrogas solicitadas por el Gobierno (un total de 6) con una cadencia temporal de 15 días.

Esta primera alarma se caracterizó tanto por incorporar una impronta de acusada restricción de concretos derechos fundamentales -de forma muy destacada, la libertad

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de circulación y movimientos, así como el de otros derechos directamente vinculados como la educación o la libertad religiosa-, como por hacer gala de un espíritu marcadamente centralizador. De este modo, se rompe nítidamente con la dinámica precedente en la que el protagonismo para gestionar la crisis pandémica recayó sobre las CCAA. Será precisamente este sesgo unitario el que centrará el análisis de la primera alarma, concentrando nuestra atención sobre la existencia de una progresiva tendencia hacia su relajación en virtud de la que, partiendo de una actitud de férrea centralización, se irá transitando hacia un escenario en la gestión de la crisis sanitaria (las fases de desescalada) caracterizado por una recuperación tímida, pero paulatina del espacio autonómico. En el punto final de dicho proceso, una vez levantado el estado de alarma, emergerá la etapa de la denominada "nueva normalidad", en la que, a pesar de no haberse superado la pandemia, las CCAA recuperarán el lugar que constitucional y estatutariamente les corresponde en materia de sanidad. El incesante avance del número de contagios, que adquirió unas dimensiones preocupantes coincidiendo con el final del verano de 2020, unido a la división de opiniones manifestada por los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de ratificar o autorizar las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por las autoridades sanitarias autonómicas actuarán como elementos catalizadores que dan paso a la declaración de un nuevo estado de alarma a nivel nacional, mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. En esta segunda edición del marco excepcional, sin embargo, se va a abandonar la originaria impronta centralista para dar paso a una aproximación en clave territorial según se desprende, tanto de la configuración de las limitaciones previstas en unos términos esencialmente genéricos, correspondiendo su concreción aplicativa a las CCAA, como de la atribución de la condición de autoridades delegadas a los presidentes autonómicos. De este modo, la reactivación del marco jurídico de la excepción, si bien mantiene un hilo de evidente continuidad con respecto al presupuesto habilitante existente en su inmediato predecesor (la pandemia), asume un enfoque diametralmente opuesto.

II. EL PRIMER ESTADO DE ALARMA: LA APUESTA POR UNA GESTIÓN CENTRALIZADA DE LA PANDEMIA

1. Etapa inicial: La declaración de la alarma y sus dos primeras prórrogas

Como expresión inmediata de la orientación centralizadora que caracteriza el estado de alarma declarado, el RD 463/2020 atribuye la condición de mando único al Gobierno, en tanto que "autoridad competente" (artículo 4.1). Junto a ello se prevén como autoridades competentes delegadas, "bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno" y "en sus respectivas áreas de responsabilidad" las siguientes: a) La Ministra de Defensa; b) El Ministro del Interior; c) El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y d) El Ministro de Sanidad (artículo 4.2).

Sobre la base de tal aproximación de partida, todo el protagonismo en la gestión de la alarma queda residenciado en la esfera del Ejecutivo central, limitándose a conservar el resto de Administraciones, tanto las CCAA como los Entes Locales, "las competencias que le otorga la legislación vigente en la *gestión ordinaria de sus servicios* para adoptar las medidas que estime necesarias en el *marco de las órdenes directas de la autoridad competente* a los efectos del estado de alarma" (artículo 6, la cursiva es nuestra). Siendo éste el marco general de referencia, se verifica la existencia de un rol eminentemente secundario correspondiente a las Autonomías, lo que resulta especialmente significativo en relación con la sanidad, en tanto que ámbito que se perfila como eje central en la gestión de la pandemia. De este modo, se constata una modificación sustancial del esquema ordinario de distribución de competencias en materia de sanidad, invirtiéndose el esquema habitual que opera en la normalidad en cuya

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

virtud corresponde al Estado el establecimiento de las bases y la coordinación general (artículo 149.1.16 CE), incardinándose las demás facultades en la esfera autonómica.

Otra significativa expresión de la inversión verificada en esta esfera se encuentra en el artículo 12.1 del RD 463/2020, cuya dicción material no deja resquicio a la duda, al disponer que "(T)odas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, *quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad* en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza" (cursiva nuestra). El margen de actuación autonómica, por lo tanto, se circunscribe únicamente al mantenimiento de "la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento". En este sentido, se formula una expresa reserva a favor del responsable de la cartera de Sanidad, quedando habilitado para ejercer "cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio" (artículo 12.2 in fine).

Estableciendo un expreso enlace con la etapa inmediatamente precedente a la declaración del estado de alarma y con la finalidad evidente de preservar el principio de seguridad jurídica, se procede a ratificar expresamente (Disposición final primera del RD 463/2020) "todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19, que continuarán vigentes y producirán los efectos previstos en ellas, siempre que resulten compatibles con este real decreto". No obstante, la operación de ratificación prevista viene acompañada de una disposición de signo garantista estableciéndose que la misma "se entiende sin perjuicio de la ratificación judicial prevista en el artículo 8.6.2.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio".

2. Primeras señales de contención del virus: Sentando las bases para acometer el proceso de desescalada

La reducción progresiva del número de contagios y el consiguiente aplanamiento de la curva resultaron determinantes para que, con motivo de la tercera prórroga aprobada por el Congreso de los diputados (22 de abril de 2020), se diera el pistoletazo de salida al proceso de desescalada. De acuerdo con las directrices establecidas en la Comunicación "Hoja de ruta común europea para el levantamiento de medidas de contención de la COVID-19", presentada el 15 de abril de 2020 por la Presidenta de la Comisión Europea, se establecieron una serie de disposiciones orientadas a activar en el futuro inmediato un cierto relajamiento de las medidas de confinamiento domiciliario, así como a permitir una mayor movilidad (Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma). Va a ser, sin embargo, el "Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19", aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de abril de 2020, en donde se recoja una previsión pormenorizada de tal proceso de paulatino retorno a la normalidad, estableciendo sus pautas rectoras. Movido por tal afán, se establecen los pasos a seguir por las distintas Administraciones, haciendo especial énfasis en el valor esencial atribuido al principio de colaboración. Sobre la base de tal premisa, en el diseño y desarrollo del proceso de desescalada se alude expresamente a su carácter "gradual, asimétrico", así como a la coordinación con las CCAA. A este respecto, se contempla la necesidad de establecer "parámetros de adaptación en condiciones de máxima seguridad jurídica" que, por un lado, tomen "en consideración los cambios en la situación epidemiológica y en función del impacto de las medidas adoptadas" y, por otro, vengan a "aplicar un enfoque prudente que permita la reevaluación de los escenarios". Todo ello en un contexto dominado por la apelación que,

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

con carácter recurrente, se hace en torno al carácter "altamente participativo" que ha de presidir la desescalada, en el marco de una "eficaz coordinación de las CCAA con el Gobierno de España".

La plasmación de tal aspiración inclusiva en clave autonómica, si bien enmarcada en el ámbito de la coordinación estatal, obtuvo visibilidad a través del principio de *cogobernanza* que ya desde la declaración del estado de alarma fue acuñado por el Gobierno central y cuya manifestación más emblemática fueron las reuniones dominicales de la Conferencia de Presidentes. No obstante, a pesar del avance que supone la recuperación de esta instancia de cooperación entre niveles de gobierno, sacándola del prolongado letargo en el que se hallaba inmersa (desde enero de 2017 no volvió a convocarse), hemos de recordar que las reuniones celebradas en el período comprendido por la primera alarma mostraron una efectividad muy reducida. Así se deduce del hecho de que, lejos de incorporar una dimensión codecisoria, la Conferencia se limitó a actuar como un foro para la puesta en común de los problemas existentes en el marco de la crisis sanitaria y en la que el Presidente del Ejecutivo central venía a dar cuenta a sus homónimos autonómicos de decisiones ya adoptadas o en vía de adopción, así como de las novedades producidas.

Una línea similar de eficacia eminentemente simbólica de la *cogobernanza* se percibe, asimismo, en el proceso de desescalada. Como relevante elemento, destaca la atribución de un rol preponderante a favor del Ejecutivo central. La coordinación del proceso de desescalada se encomienda precisamente a éste, si bien viene a enfatizarse que se llevará a cabo a través de la interlocución con la Conferencia de Presidentes, los Consejeros autonómicos de Sanidad y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

En cuanto al proceso de desescalada como tal aparece organizado en función de un "Cronograma orientativo de la transición hacia la nueva normalidad" que acompaña al Plan (Anexo III), que se inicia con una fase 0 (preliminar), que actúa como preparación a la desescalada propiamente dicha. Una vez concluida ésta, se activa la desescalada propiamente dicha, incorporándose una "Previsión orientativa para el levantamiento de limitaciones de ámbito nacional establecidas en el estado de alarma, en función de las fases de transición a una nueva normalidad" (Anexo II), cuyo contenido desgrana las actividades susceptibles de ser llevadas a cabo en cada una de dichas fases. En este sentido, viene a establecerse un panel de indicadores integral que toma como referentes cuatro ámbitos considerados esenciales: salud pública, haciendo especial hincapié en la evaluación de las capacidades estratégicas del sistema; movilidad interior en el país y también de cara al exterior; impacto social de la enfermedad e impacto económico derivado de la misma (Anexo I). Dada la naturaleza informal del Plan, él mismo incorpora una cláusula en la que se aclara que corresponde a los instrumentos jurídicos pertinentes dotar de efectividad práctica sus previsiones.

El eje principal que articula funcionalmente el marco establecido nos remite a la figura del Ministro de Sanidad, sobre el que recae la competencia para dictar órdenes e instrucciones relativas a las actividades permitidas en cada fase, así como a su alcance y ámbito territorial. Igualmente, cuando concurran motivos justificados de salud pública se le atribuye una facultad adicional para modificarlas, ampliarlas o restringirlas.

En cuanto a la metodología operativa para la toma de decisiones, la centralidad del responsable de la cartera de Sanidad vuelve a reiterarse, ya que es quien decide en qué fase de desescalada se halla cada territorio, así como las actividades permitidas y las condiciones específicas en las que éstas deben llevarse a cabo. En el ejercicio de su competencia, el Ministro debe tomar como referente el panel de indicadores en el que se recogen los criterios técnicos operativos en el ámbito sanitario. Dichos

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

criterios, que se utilizan para determinar cada dos semanas en qué fase, de avance o retroceso, se encuentra cada Comunidad Autónoma, se someten a una valoración conjunta, debiendo ser expresamente consensuados con equipos técnicos integrados por el Ministro y los Consejeros autonómicos de Sanidad. Por su parte, las CCAA disponen de un radio de acción muy limitado, contando únicamente con la potestad para trasladar al Ministro propuestas, debidamente justificadas, de incorporar a la fase correspondiente actividades no incluidas o no previstas. Asimismo, pueden proponer, una vez oídas las Entidades Locales afectadas, el cambio de fase de un determinado territorio, lo que deberá venir acompañado de un informe motivado en el que se indique el nivel de cumplimiento de los parámetros establecidos, así como la viabilidad de garantizar el aislamiento requerido en su caso. En ambos supuestos, la última palabra corresponde siempre al Ministro de Sanidad que, de este modo, sigue conservando, en su condición de autoridad competente delegada, la facultad de adoptar las decisiones correspondientes.

3. La activación del proceso de desescalada: El lento proceso de recuperación de competencias por las CCAA

Una vez constatado que todo el territorio nacional se encuentra en la Fase 0, con la excepción de las islas de Formentera, Gomera, El Hierro y La Graciosa que estaban ya en una fase más avanzada, el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, recoge los términos de la cuarta prórroga del estado de alarma autorizada por el Congreso y, asimismo, formaliza jurídicamente el procedimiento de desescalada diseñado por el Plan al que acabamos de referirnos. Como elemento más destacado cabe reseñar la confirmación de una cierta, aunque tímida, receptividad hacia la capacidad operativa de la esfera autonómica. El hecho es que, sin alterar la condición de autoridad delegada que sigue correspondiendo al Ministro de Sanidad, se atribuye a las Comunidades la facultad de proponer a éste, "a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad", que acuerde "en el ámbito de su competencia, la progresión de las medidas aplicables en un determinado ámbito territorial, sin perjuicio de las habilitaciones conferidas al resto de autoridades delegadas competentes". En un sentido similar, se contempla la posibilidad de que, en el proceso de desescalada, el Gobierno acuerde "conjuntamente con cada Comunidad Autónoma la modificación, ampliación o restricción de las unidades de actuación y las limitaciones respecto a la libertad de circulación de las personas, de las medidas de contención y de las de aseguramiento de bienes, servicios, transportes y abastecimientos, con el fin de adaptarlas mejor a la evolución de la emergencia sanitaria en cada comunidad autónoma". La principal novedad que se produce en estos momentos es que la competencia para aplicar las medidas acordadas corresponde "a quien ostente la Presidencia de la Comunidad Autónoma, como representante ordinario del Estado en el territorio" (artículo 4 RD 514/2020).

Un ulterior, aunque siempre limitado, paso llamado a dotar de un mayor vigor sustantivo al principio de *cogobernanza* en el camino de la desescalada se producirá con la siguiente prórroga, aprobada por la Cámara Baja, estando ya en vigor la Fase I en la mayor parte del país[1], al quedar vinculado el desarrollo de las funciones correspondientes al Ministro de Sanidad, en tanto que autoridad competente delegada, "al principio de cooperación con las CCAA" (artículo 6.1, Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo). Ya en la antesala del final del estado de alarma, la última de sus prórrogas (la sexta, formalizada en el Real Decreto 555/20, de 5 de junio) incorpora una significativa

1. Las islas de La Gomera, El Hierro y La Graciosa, así como la isla de Formentera, ya estaban en la fase II, mientras que el resto del territorio nacional todavía se encontraba en fase I. Quedaban al margen de ésta, la Comunidad de Madrid, parte de la provincia de Barcelona y algunas zonas de la Comunidad de Castilla y León.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

modificación, puesto que reconoce la condición de autoridad competente delegada "a quien ostente la Presidencia de la comunidad autónoma", confiriéndole a ésta, en el ejercicio de sus competencias, la potestad exclusiva para "la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del plan de desescalada". A este respecto, se introduce una importante y lógica salvedad, quedando expresamente excluidas "las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedan el ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma a los efectos del proceso de desescalada" (artículo 6.1 RD 555/2020). Por último, se atribuye a las CCAA la potestad para decidir, "con arreglo a criterios y epidemiológicos, la superación de la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad y, por tanto, su entrada en la «nueva normalidad»" (artículo 6.2 RD 555/20).

III. LA FASE DE LA NUEVA NORMALIDAD: LA RECUPERACIÓN DE COMPETENCIAS POR LAS CCAA EN UN ESCENARIO DE CRISIS SANITARIA PERSISTENTE

1. El marco regulador: De la normativa excepcional a la normativa extraordinaria

Teniendo en cuenta que al iniciarse la etapa de nueva normalidad que comienza tras la finalización del estado de alarma (21 de junio) todavía no había concluido el proceso de desescalada, dado que todo el territorio nacional había alcanzado al menos la Fase II, pero no así la Fase III, resultaba imprescindible diseñar una respuesta normativa que viniera a establecer el marco jurídico idóneo para gestionar la todavía existente crisis sanitaria y lograr, como objetivo final, la restauración de la normalidad.

El hecho a remarcar es que el final del estado de alarma en unas condiciones epidemiológicas todavía precarias fue consecuencia directa del complejo escenario político existente que quedó en claramente en evidencia con la pérdida progresiva de apoyos parlamentarios que experimentó el Gobierno a través de las sucesivas prórrogas solicitadas. Confrontado a la realidad de un Congreso cada vez menos proclive a mantener la excepcionalidad en vigor, al Ejecutivo central no le quedó otra salida que diseñar un plan alternativo para gestionar la crisis sanitaria todavía existente. Aprobado en las postrimerías del primer estado de alarma, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 responde a esta necesidad, puesto que establece un marco jurídico de referencia que hunde sus raíces en el sustrato regulador de la excepcionalidad, si bien adaptándolo a unas condiciones que aparecen formalmente vinculadas a circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad (artículo 86.1 CE). Su artículo 1 da buena prueba de tal aproximación, al afirmar que el objeto perseguido por el Real Decreto-ley no sólo responde a la necesidad de establecer las medidas urgentes que rezan en su título, sino también "prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad por parte de algunas provincias, islas y unidades territoriales y, eventualmente la expiración de la vigencia del estado de alarma". En función de tal planteamiento, queda en evidencia una cuestión tan obvia como es que la crisis sanitaria, si bien sustancialmente atenuada, todavía persiste. Asimismo, que el riesgo de retrocesos sigue activo. Pasamos, pues, a un escenario fáctico de gestión de la pandemia en el que el levantamiento del estado de alarma no trae consigo la eliminación ni de su supuesto fáctico ni tampoco de sus normas reguladoras.

En relación con la batería de medidas que incorpora el Real Decreto-ley 21/2020, el primer elemento a reseñar es el amplísimo espectro de cuestiones (uso obligatorio de mascarillas, medidas a adoptar en centros de trabajo, sanitarios, docentes, en centros

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

comerciales, restauración, transportes, entre otras) abordado. En relación con las mismas, se prevé que "serán de aplicación en todo el territorio nacional hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19" (artículo 2.3 RDL 21/2020). Con carácter previo a la referida declaración, las CCAA deberán ser consultadas por el Gobierno el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (artículo 2.3 in fine RDL 21/2020).

En cuanto a las cuestiones relativas a la aplicación de las medidas contempladas, la norma dedica una atención preferente a la determinación de las instancias territoriales competentes, así como al establecimiento de previsiones referidas a su desarrollo. En relación con ambos aspectos emerge una perspectiva reguladora en la que la fuerte impronta del principio de coordinación que se introduce a favor del Ejecutivo central y del que se deriva la imposición de diferentes obligaciones a las Autonomías, coexiste con el recurso constante a la activa implicación de éstas sobre la base del principio de colaboración.

En este contexto de dinámica relacional entre distintos niveles de gobierno resulta muy significativo en primer lugar por lo que a los órganos competentes se refiere, el establecimiento una cláusula de seguridad llamada a activarse "con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia" en virtud de la que la Administración General del Estado queda facultada para promover, coordinar o adoptar "de acuerdo con sus competencias cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en este real decreto-ley". Por su parte, el rol atribuido a las CCAA en tales circunstancias aparece circunscrito únicamente al terreno de la mera "colaboración" (artículo 3.1 RDL 21/2020). Será en un momento sucesivo cuando se prevea el supuesto ordinario de gestión, atribuyéndose a los órganos competentes del Estado, las CCAA y las Entidades Locales, "en el ámbito de sus respectivas competencias, las funciones de *vigilancia, inspección y control* del correcto cumplimiento de las medidas establecidas en este real decreto-ley" (artículo 3.2 RD 21/2020, la cursiva es nuestra).

Desde la perspectiva del desarrollo de las actividades que corresponden a las CCAA el Real Decreto-ley se refiere expresamente a "la adopción de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias", los cuales habrán de atender "los niveles de riesgo de exposición y de transmisión comunitaria de la enfermedad" y quedarán formalizados mediante el recurso a la figura de "las actuaciones coordinadas en salud pública" (artículo 5 RDL 21/2020). A este respecto, ha de llamarse la atención sobre el sustancial reforzamiento que experimentan estas actuaciones, a raíz de la reforma de su marco regulador (el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud), confiriéndose un especial énfasis al doble objeto que las inspira: Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública, por un lado y por otro, cumplir los acuerdos internacionales y los programas de la Unión Europea. La declaración de las acciones coordinadas corresponde al Ministro de Sanidad, mediando el acuerdo previo adoptado en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud con audiencia de las CCAA afectadas directamente. Este trámite podrá obviarse en "circunstancias de necesidad urgente", aunque en tal caso sólo se adoptarán las "medidas estrictamente necesarias", debiéndose informar con urgencia a aquéllas. Asimismo, se incrementa el valor jurídico atribuido a la figura de la acción coordinada, puesto que viene a dotarse de efectos preceptivos, dado que "obliga a todas las CCAA incluidas en la misma" (Disposición Final Segunda.1 RDL 21/2020).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

El elenco de reformas en este ámbito concluye con la previsión de un nuevo artículo 65 bis de la Ley 16/2003 (Disposición Adicional Segunda.2 RDL 21/2020), que establece para el supuesto de que se verifique una "situación de emergencia para la salud pública", la obligación a cargo de CCAA y Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial[2] de aportar "de inmediato" al Ministerio de Sanidad "la información epidemiológica y la relativa a la capacidad asistencial que se requiera y la identificación de las personas responsables de la misma, así como las medidas de prevención, control y contención adoptadas //...// en los términos que se establezcan por el Ministerio de Sanidad". El contenido de este nuevo precepto se cierra con la previsión de un deber de información que corresponde al Ministerio de Sanidad, que queda constreñido a convocar "con carácter urgente el Consejo Interterritorial de Sistema Nacional de Salud".

Sobre la base de las previsiones apuntadas, se desprende con claridad que en la etapa de nueva normalidad el Consejo Interterritorial, un órgano sectorial integrado por los responsables de Sanidad de los ámbitos central y autonómico, está llamado a asumir un destacado protagonismo, en tanto que foro institucional en el que se canalizan las dinámicas de encuentro y cooperación intergubernamental en dicha materia. Las reuniones desarrolladas con regularidad a lo largo del tiempo, así como el nutrido número de acciones coordinadas adoptadas dan buena prueba de ello. Como contrapartida, nótese que el reforzamiento experimentado por el Consejo Interterritorial resulta directamente proporcional al declive sufrido por la Conferencia de Presidentes. Y es que una vez levantado el estado de alarma se puso punto final al ritmo semanal de reuniones, habiéndose verificado a partir de entonces tan solo dos encuentros: uno, el 31 de julio y otro, el 4 de septiembre de 2020.

Junto a las actuaciones coordinadas los "protocolos de vigilancia" también asumen una indudable relevancia en la gestión de la pandemia en el contexto inmediatamente posterior a la alarma. Vinculados al desempeño de tareas de detección y notificación de la situación epidemiológica que corresponde a las autoridades sanitarias autonómicas (artículo 24.1 RDL 21/2020), obligadas a comunicar al Ministerio de Sanidad la información de casos y brotes (artículo 24.2 RDL 21/2020) estos planes marcan la hoja de ruta a seguir. Aprobados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud han de incorporar un contenido, cuyos componentes aparecen expresamente desgranados en la norma que los regula: "las definiciones necesarias para garantizar la homogeneidad de la vigilancia, las fuentes de información, las variables epidemiológicas de interés, el circuito de información, la forma y periodicidad de captación de datos, la consolidación y el análisis de la información" (artículo 24.3 in fine RDL 21/2020). Gozan de naturaleza preceptiva, puesto que "serán de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional", lo que, sin embargo, no es óbice para que respetando en todo caso "los objetivos mínimos acordados" se dé vía libre a la posibilidad de adaptación por las CCAA en función del contexto específico en el que se encuentren (artículo 24.3 RDL 21/2020).

Una nueva manifestación de la interrelación existente entre el Estado y las CCAA se detecta en el ámbito de la determinación de las medidas previstas para garantizar las capacidades del sistema sanitario (Capítulo VI RDL 21/2020), incorporándose la obligación de que las autoridades autonómicas remitan "al Ministerio de Sanidad la información sobre la situación de la capacidad asistencial y de necesidades de recursos humanos y materiales". El establecimiento de los términos exigidos a la información

2. Tratándose de Entes Locales, la norma prevé que la información requerida "será recabada por el órgano competente en materia de salud pública de la correspondiente comunidad autónoma, que deberá transmitirla al Ministerio de Sanidad".

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

requerida es competencia del "titular de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad" que, a tal efecto, queda constreñido a consultar previamente a las CCAA (artículo 30 RDL 21/2020).

Como contrapunto a lo expuesto, resulta cuanto menos sorprendente que no se disponga ningún deber de información o comunicación al Ministerio por parte de los responsables autonómicos en relación con los denominados "planes de contingencia COVID-19" (artículo 29 RDL 21/2020), con los que han de contar aquéllos para garantizar una cuestión capital en la gestión de la contención de los contagios como es "la capacidad de respuesta y la coordinación entre los servicios de Salud Pública, atención primaria y atención hospitalaria". En un sucesivo escalón de exigencia, se contemplan los "planes internos" que deben tener los centros de atención primaria y hospitalarios, de titularidad pública o privada "para hacer frente a la gestión de situaciones de emergencia relacionadas con COVID-19". La finalidad de estos planes no es otra que "garantizar la capacidad para responder ante incrementos importantes y rápidos de la transmisión y el consiguiente aumento en el número de casos. Para ello, se debe disponer, o tener acceso o capacidad de instalar en el plazo preciso los recursos necesarios para responder a incrementos rápidos de casos en base a las necesidades observadas durante la fase epidémica de la enfermedad. Estos planes deberán incluir también las actuaciones específicas para la vuelta a la normalidad". Así concebida la cuestión, las CCAA disponen de un necesario e imprescindible margen de actuación en la definición de sus planes de contingencia que, sin embargo, no viene acompañado de un no menos insoslayable elemento de coordinación con el Estado a través de la formulación del correspondiente deber de puesta en conocimiento de los mismos.

IV. EL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA: APOSTANDO POR PRESERVAR EL AUTOGOBIERNO AUTONÓMICO

1. La paulatina descomposición de la nueva normalidad como antesala del segundo estado de alarma

La constatación de un verano marcado por el preocupante e ininterrumpido aumento de las cifras de contagios en buena parte del territorio nacional trajo consigo un rosario de actuaciones de choque a cargo de las CCAA más afectadas. El instrumento jurídico utilizado para articular las medidas adoptadas en esta fase de nueva normalidad fue nuevamente el artículo 3 de la LOMEMSP. Sobre la base de la cláusula genérica habilitante, se acordaron incisivas previsiones limitadoras de derechos fundamentales –de forma muy destacada, los confinamientos perimetrales municipales o por zonas- territorialmente circunscritas que motivaron un alto grado de conflictividad jurisdiccional. En este sentido, el primer aspecto a reseñar es que, teniendo presente el efecto restrictivo anudado a las mismas su activación va a exigir la preceptiva autorización o ratificación por parte de los jueces contencioso-administrativos, según se recoge en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La novedad a subrayar en relación con dicha exigencia es la modificación que el control jurisdiccional experimenta como consecuencia de la reforma operada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, distinguiéndose entre los siguientes supuestos: En primer lugar, se mantiene la previsión de que los Juzgados de lo contencioso-administrativo gozan de la competencia para autorizar o ratificar o autorizar "las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales". El elemento de cambio reside en el hecho de que, a diferencia de lo previsto anteriormente, ésta queda vinculada a un supuesto concreto: "*cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente*

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada" (Disposición Final 2.1, la cursiva es nuestra). En función de este enfoque, la definición de la competencia de ratificación o autorización judicial contemplada se hace depender tanto de la condición de la norma de la que trae causa la restricción de derechos fundamentales -un acto administrativo singular- como de que sus destinatarios sean personas concretas e individualizadas.

A continuación, se incorpora una previsión ex novo que supone un claro intento de solventar los graves problemas de seguridad jurídica que las genéricas medidas limitadoras de derechos plantearon ya en la fase inmediatamente precedente a la declaración de la primera alarma. Se trata de la encomienda a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de la competencia de autorización o ratificación de las "medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales" en un supuesto específico, a saber, "*cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente*" (Disposición Final 2.2, en la que se establece un nuevo apartado 8 al artículo 10 de la Ley 29/1998, la cursiva nuestra). Esta vía de solución, sin embargo, muy pronto dejó en evidencia la que se erige en su principal debilidad, esto es, lo insuficiente de la habilitación normativa de la que traen causa las decisiones restrictivas de derechos fundamentales (artículo 3 LOMEMSP). Asimismo, también se llamó la atención sobre la falta de proporcionalidad en la que incurrían algunas de las medidas adoptadas, rechazándose su viabilidad jurídica. Distintas resoluciones judiciales así lo señalaron, destacando especialmente el Auto de 10 de octubre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que acordó no autorizar la medida de restricción de la libertad deambulatoria en el término municipal de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza) para la contención del rebrote del COVID-19, contenidas en la Orden de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Aragón de 7 de octubre de 2020. También, cabe reseñar el Auto de 28 de octubre de 2020, adoptado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el que se denegó la ratificación de las medidas acordadas en el apartado tercero de la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la Orden del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública. Esta concreta resolución judicial muestra un especial interés, puesto que resultó determinante para que, atendiendo a la ausencia de respuestas efectivas para frenar el avance de los contagios por parte de las autoridades autonómicas responsables, el Ejecutivo nacional hiciera uso de su potestad constitucional y declarase el estado de alarma territorialmente limitado a dicha Comunidad Autónoma (Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre), durante un plazo de 15 días.

De este modo, se perfiló un panorama en el que la división de opiniones en sede jurisdiccional no solo trajo consigo una grave quebranto de la seguridad jurídica sino también una creciente perplejidad entre la ciudadanía. Va a ser precisamente este trasfondo de incertidumbre el que da pie para que algunas de las CCAA más afectadas por los avances de los contagios (Euskadi, Asturias, Extremadura, Navarra, Cataluña, La Rioja, Melilla, Castilla-La Mancha, Cantabria y Valencia) solicitaran expresamente al Gobierno de la una nueva declaración del estado de alarma a escala nacional. Así sucedió el 25 de octubre, fecha en la que se aprueba el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Con ello, se abría una nueva etapa de excepcionalidad en nuestro país.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

2. De nuevo el estado de alarma: Una orientación distinta para el mismo instrumento excepcional

Lo primero que debe ponerse de manifiesto en relación con esta nueva declaración del estado de alarma es que presenta unos trazos configuradores muy distintos a los establecidos en la experiencia precedente. Para empezar, desde una perspectiva temporal, se opta por una alarma de duración prolongada fijada ya desde su arranque. En efecto, una semana después de su declaración el Gobierno, que no llegó a agotar el plazo máximo de 15 días constitucionalmente previsto, obtuvo la prórroga del estado de alarma solicitada al Congreso de los Diputados, cuya extensión quedó fijada en un período de seis meses (Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2).

En relación con la extensión temporal de la prórroga se impone una reflexión de índole crítica. Marcando una neta diferencia con la precedente fase de alarma, se prescinde de adoptar el modelo articulado en función de una cadencia temporal de 15 días, transcurridos los cuales, el Gobierno debía someter su prórroga a la autorización del Congreso de los Diputados. El ya aludido desgaste político derivado de esta opción, que se concretó en la aminoración paulatina del apoyo recibido en sede parlamentaria al mantenimiento de la alarma, se muestra como elemento decisivo para abandonar dicho modelo. El punto a subrayar es que, ante el silencio que a este respecto mantienen tanto la Constitución como la LOEAES, que nada establecen expresamente sobre la duración de la prórroga del estado de alarma, el Gobierno no consideró que concurriese problema jurídico alguno para establecerla durante un semestre. En la Exposición de Motivos del Real Decreto de prórroga se justificaba tal petición sobre la base de las siguientes consideraciones: "dada la tendencia ascendente en el número de casos, la evolución esperada en los próximos meses, con una climatología adversa que reduce la posibilidad de desempeñar actividades en espacios abiertos, y la situación de posible sobrecarga del sistema asistencial, que podría llegar hasta bien entrada la primavera si no se actúa con instrumentos apropiados para frenar la propagación de la enfermedad, se considera necesario y proporcionado extender la aplicación de medidas que han demostrado ser eficaces para reducir situaciones de riesgo de transmisión y frenar los contagios, como las contenidas en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, durante un periodo de seis meses, al estimar que este plazo de tiempo ofrece la mayor seguridad posible para poder proteger adecuadamente la salud de la población con la información disponible en estos momentos".

Por nuestra parte consideramos que las justificaciones alegadas, aunque ciertamente no se muestran despojadas de una base real, no son en sí mismas suficientes para neutralizar el exceso evidente que implica una prórroga tan prolongada en el tiempo. Aunque, como ya se ha indicado, no existen disposiciones normativas expresas que marquen un límite temporal preciso, no puede deducirse la admisibilidad de cualquier duración de la prórroga, porque la LOEAES exige, en el capítulo de disposiciones generales, que tanto las medidas como la duración de los estados excepcionales sean "las estrictamente indispensables", requiriéndose, asimismo, que su aplicación se realice "en forma proporcionada a las circunstancias" (artículo 1.2). Atendiendo a estos requisitos, el arco temporal definido resulta excesivo, sobre todo teniendo en cuenta el diseño que de la gestión de la alarma se introduce en esta segunda fase. En efecto, marcando una diferencia sustancial con el modelo centralizado (sic., de mando único) que caracterizó la primera experiencia de alarma, en la actual va a obtener carta de naturaleza sustancial un escenario regido por el principio de *cogobernanza*. Así se desprende del enfoque funcional aplicado por el Real Decreto 926/2020, procediendo de la siguiente manera: Comienza diseñando una serie de limitaciones de derechos

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

fundamentales susceptibles de aplicarse durante el estado de alarma: (1) libertad de circulación de las personas en horario nocturno, el denominado toque de queda (artículo 5.1); (2) entrada y salida de las Comunidades y Ciudades Autónomas, también conocido como cierre perimetral (artículo 6.1); (3) permanencia de un máximo de 6 personas en espacio privados y con respecto a lugares de tránsito público (artículo 7.1); (4) previsión de la posibilidad de limitar, condicionar o prohibir el ejercicio de la libertad de reunión y manifestación recogido en el artículo 21 CE siempre que sus promotores no garanticen el mantenimiento de la distancia personal que impida los contagios (artículo 7.3); (5) permanencia en lugares de culto acompañada de la limitación de los aforos (artículo 8). A continuación, se confiere a los Presidentes autonómicos y de las ciudades autónomas la condición de autoridades competentes delegadas (artículo 2.2), asignándoles la competencia para decidir sobre la activación y eficacia de las medidas reseñadas (artículo 9). A tal efecto, el margen de maniobra con el que cuentan aparece vinculado a "la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad" de su respectivo territorio. El ejercicio de esta facultad, por lo demás, requiere la "previa comunicación al Ministerio de Sanidad" y en aras de garantizar la coordinación en su aplicación, atender a lo dispuesto por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que queda investido de la facultad para adoptar "cuantos acuerdos procedan, incluidos, en su caso, el establecimiento de indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo" (artículo 13). Adicionalmente, las autoridades competentes delegadas también disponen de la capacidad para modular, flexibilizar y suspender las restricciones establecidas por el decreto de alarma, quedando habilitadas para adoptar las siguientes decisiones: (1) adelantar a las 22 horas el inicio del toque de queda y también para determinar su finalización en la horquilla horaria comprendida entre las 5 y las 7 horas (artículo 5.2); (2) establecer cierres perimetrales en el interior de la Comunidad Autónoma, con un ámbito geográfico inferior a la misma (artículo 6.2); (3) rebajar el número máximo (6) de personas permitido en las reuniones privadas (artículo 7.2).

Es evidente que en este modelo de gestión descentralizada de la alarma la responsabilidad política se desplaza desde el poder central al ámbito autonómico, de tal manera que, respetando las exigencias de coordinación establecidas, la rendición de cuentas se activará a escala territorial. Consecuentemente, los Ejecutivos de las CCAA están llamados a responder ante sus respectivos Parlamentos. Es precisamente aquí que, a nuestro parecer, reside la principal debilidad de la prórroga acordada: el déficit de fiscalización gubernamental por parte de la representación popular en sede territorial, que se hace depender, lógicamente, de lo que se establezca en cada Comunidad Autónoma. La ausencia de mecanismos de control específicos vinculados al contexto de excepcionalidad concurrente a escala territorial, puesto que nada se dispone en este sentido por los reglamentos de los parlamentos autonómicos, abre un importante flanco de debilidad democrática sobre el modelo de *cogobernanza* diseñado. Una situación insatisfactoria que no logra neutralizarse mediante la incorporación de la siguiente previsión (artículo 14 del Real Decreto 956/2020): "El Presidente del Gobierno solicitará su comparecencia ante el Pleno del Congreso de los Diputados, cada dos meses, para dar cuenta de los datos y gestiones del Gobierno de España en relación a la aplicación del Estado de Alarma. El Ministro de Sanidad solicitará su comparecencia ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados, con periodicidad mensual, para dar cuenta de los datos y gestiones correspondientes a su departamento en relación a la aplicación del Estado de Alarma". El elemento más insatisfactorio es que estamos ante una norma que, desde una perspectiva cualitativa, denota una profunda incomprensión del sentido del control parlamentario al que está sometido, por imperativo constitucional el Ejecutivo, ya que su puesta en práctica se conecta a las exigencias de la representación de la ciudadanía, sin que dependa de que así se solicite por el órgano gubernamental, que es lo que aquí se prevé. Adicionalmente, se constata una insuficiencia de índole cuantitativa, puesto que las solicitudes

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de comparecencia parlamentaria se prevén en el caso del Presidente del Gobierno con una cadencia temporal de dos meses y en el del Ministro de Justicia, de uno. En un escenario pandémico marcado por la fluidez y continuidad de los cambios producidos, los tiempos marcados no responden a las exigencias concurrentes.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

A la luz del recorrido analítico realizado en las páginas precedentes corresponde ahora llevar a cabo una valoración sobre cuál ha sido el impacto que la pandemia ha proyectado sobre el Estado autonómico. En tal sentido, resulta imprescindible distinguir entre las distintas modalidades de gestión que se han sucedido en el tiempo, desde el 14 de marzo de 2020, cuando se decretó el primer estado de alarma a escala nacional hasta el 9 de mayo de 2021, fecha en la que decae el declarado el 25 de octubre tras extinguirse el período de seis meses de prórroga concedido por el Congreso de los Diputados.

Por lo que respecta al primer estado de alarma, se ha constatado la existencia de una actitud marcadamente centralizadora en sus inicios, que va a ir dando paso a una aproximación progresivamente receptiva a favor de la reincorporación de las Autonomías a la gestión de la crisis sanitaria. En función de tal enfoque se desprende que tras una primera etapa en la que, ante la gravedad de la situación epidemiológica, todo el poder quedaba concentrado en la figura del Ministro de Sanidad, se transitará, de la mano de la contención del virus (el aplanamiento de la curva), hacia un escenario diverso en el que, sin abandonar la centralidad de aquel, se abre la puerta a una mayor implicación de las CCAA. De este modo, el concepto de *cogobernanza*, despojado de virtualidad efectiva en el momento de su formulación, puesto que limitaba su operatividad a las reuniones informativas de la Conferencia de Presidentes celebradas cada domingo, irá ganando un cierto peso específico en términos prácticos, abriendo ciertos espacios para la gestión autonómica, aunque siempre bajo la autoridad del Ministro de Sanidad, en su condición de autoridad competente delegada.

Por su parte, en relación con la etapa de nueva normalidad resulta pertinente recordar que el levantamiento del estado de alarma acaecido el 21 de junio de 2020, si bien goza de justificación política, puesto que es consecuencia directa de la mengua progresiva de apoyos parlamentarios obtenidos por el Gobierno en las sucesivas prórrogas de la alarma, no se muestra en consonancia con la situación epidemiológica de nuestro país, que en tal momento y salvo contadas excepciones, se hallaba en la fase II de la desescalada. En tales circunstancias, la restitución de las competencias sanitarias a las CCAA, aun mereciendo una valoración inicialmente positiva, puesto que devuelve el centro de gestión decisional a su ámbito natural desde una perspectiva constitucional y estatutaria, no se llevó a cabo en términos idóneos. La ausencia de un marco claro de indicadores rectores de las fases de desescalada se muestra como uno de los déficits más relevantes, puesto que el panel de indicadores epidemiológicos, de movilidad y atendiendo a parámetros sociales y económicos diseñado por el Gobierno de España en su Plan de Transición hacia la Nueva Normalidad no incorporaba ningún criterio de ponderación explícita en el proceso de toma de decisiones. Con ello se abría un significativo espacio para la discrecionalidad de los responsables políticos autonómicos al margen de criterios técnicos preestablecidos.

Otra cuestión relevante a considerar en la etapa de nueva normalidad es la relativa a la previsión de mecanismos de coordinación a cargo del Estado. Como se vio en su momento, el RDL 21/2020, que traza las líneas maestras de la *cogobernanza* en esta fase vino a establecer diversas previsiones al respecto, llevando a cabo una decidida apuesta a favor del Consejo Interterritorial de Salud, que se erige en instancia que asume el protagonismo principal en la dinámica relacional entre el gobierno central y

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

sus homónimos autonómicos. Sin embargo, esa centralidad no viene acompañada en la práctica por la previsión de concretas disposiciones mediante las que el Estado pueda verificar efectivamente que las CCAA están cumpliendo las obligaciones previstas en el Real Decreto-ley de nueva normalidad: rastreo, detección, recursos humanos y sanitarios, planes de contingencia, etc.

Precisamente sobre la base de las debilidades expuestas compartimos la valoración crítica del proceso de desescalada seguido tras el final del estado de alarma puesta de manifiesto por la revista *The Lancet*[3], que en su editorial del 20 de octubre de 2020 señala por un lado que "algunas autoridades regionales fueron probablemente demasiado rápidas en la reapertura y demasiado lentas en la implementación de un sistema eficiencia de detección y rastreo de casos". Por otro, que "la infraestructura de control epidemiológico a escala local fue insuficiente para controlar futuros rebrotes y limitar la transmisión comunitaria". En este sentido, "la polarización política y la gobernanza descentralizada" son consideradas como las principales causas que "pudieron obstaculizar la rapidez y la eficiencia de la respuesta de la sanidad pública" en el proceso de desescalada, lastrando la puesta en marcha de las medidas pertinentes para frenar la segunda ola de la pandemia que, a diferencia de la primera, no resultaba impredecible. Unas medidas restrictivas de la libertad de circulación de la ciudadanía (cierres perimetrales y confinamientos de zonas especialmente afectadas por la expansión del virus) adoptadas por las autoridades autonómicas sobre la base de la legislación sectorial (señaladamente, el artículo 3 LOMEMSP) que, como se ha indicado, generaron dudas y no cosecharon el respaldo unánime de los nuevos sujetos legalmente habilitados (a partir de septiembre de 2020) para su ratificación o autorización: las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con una nueva ola de la pandemia en plena expansión y para superar la grave situación de inseguridad jurídica derivada de la división de opiniones judicial ante las restricciones de derechos fundamentales adoptadas en sede autonómica, llegó una nueva declaración del estado de alarma a nivel nacional, el 25 de octubre de 2020. En esta ocasión, sin embargo, se detecta una aproximación reguladora en las antípodas de su predecesora. En efecto, con la lección aprendida del potente efecto de erosión política que se dedujo de la cita quincenal ante el Congreso de los diputados para obtener la correspondiente prórroga, ahora se opta por una solución claramente desproporcionada. Se extiende durante seis meses, lo que supone una quiebra obvia de los postulados genéricos que inspiran la configuración constitucional y legal de los estados excepcionales: duración mínima y estrictamente circunscrita en el tiempo. Junto a ello, desde la perspectiva del modus operandi diseñado, se produce una clara cesura con respecto a la figura del mando único y la configuración de una *cogobernanza* eminentemente testimonial y desprovista de efectivo contenido sustancial de la primera alarma, apostando por un planteamiento decididamente descentralizado.

En este nuevo escenario, el Gobierno central procede a definir una genérica hoja de ruta fijando cuáles son las restricciones de derechos fundamentales operativas durante la vigencia de la alarma. Pero a partir de ahí y dentro de los límites trazados por el decreto regulador, van a ser los Presidentes autonómicos, en su condición de autoridades competentes delegadas, quienes resulten investidos de potestad no sólo para determinar su activación sino, asimismo, para proceder a su modulación, flexibilización o suspensión a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad y

3. "COVID-19 in Spain: a predictable storm?", www.thelancet.com/public-health, publicado on line el 16 de octubre de 2020, hhtps://doi.org/10.1016/52468-2667(20)30239-5.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

siguiendo los acuerdos adoptados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, entre los que adquieren especial relevancia los dedicados al establecimiento de indicadores de referencia y criterios de valoración del riesgo.

A la luz de lo expuesto, es posible concluir que en la segunda alarma se produjo un notable avance con respecto a la fase de nueva normalidad, puesto que el amplio margen decisional con el que cuentan las autoridades autonómicas se ve compensado por el establecimiento de márgenes de contención que aseguran unos niveles mínimos de coordinación. No obstante, como contrapunto negativo a este esquema operativo emerge la esencial cuestión del control parlamentario de la actuación gubernamental autonómica, que queda exclusivamente al albur de los mecanismos de fiscalización ordinaria existentes en las asambleas territoriales, al mostrarse huérfano de vías específicas diseñadas para la rendición de cuentas de la gestión de la excepcionalidad sanitaria concurrente. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

NOTA

"A VUELTAS" CON LA DESCENTRALIZACIÓN EDUCATIVA: LA EXPERIENCIA EN TIEMPOS DE COVID-19

por Carles López Picó

Máster Universitario en Derecho Constitucional 2020-2021 CEPC-UIMP

I. INTRODUCCIÓN

La situación provocada por la crisis del COVID19 ha afectado de forma radical a nuestro día a día, exigiendo una actividad frenética de los diferentes Gobiernos con el objetivo de regular con urgencia los diferentes sectores de la vida social. Este elemento se observa -por ejemplo- de forma determinante en el número de Reales Decretos Leyes -recordemos su naturaleza de legislación en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad- que ha encontrado en el año 2020 su número[1] más elevado de todo el periodo constitucional, con 39 RDL tramitados en muy diferentes ámbitos: desde los "*genéricos*" de declaración de Estado de alarma hasta un extenso desarrollo normativo en muy diferentes sectores: ayudas económicas o de carácter social, modificaciones procesales, medidas en el ámbito industrial o medidas en el sector educativo.

No obstante, tal cantidad de actividad legislativa no ha sido exclusiva del Gobierno de la nación: el resto de administraciones territoriales, en especial las CCAA, se han visto abocadas a legislar, también con urgencia y rapidez, en multiplicidad de materias. En este marco, este texto pretende abordar el análisis del proceso de toma de decisiones entre diversas administraciones y en una situación de urgencia en el ámbito educativo, competencia que sin duda exige un gran nivel de coordinación entre ambos niveles.

Nos proponemos por tanto como objetivo del texto realizar una somera valoración del funcionamiento de los mecanismos de coordinación territorial en materia educativa, principalmente tomando el caso de la respuesta a la situación provocada por el COVID19. Debemos destacar que el enfoque que se ha tomado en dicho análisis no es un enfoque estrictamente jurídico -que entenderíamos que sería parcial o incompleto- sino un enfoque basado en analizar los mecanismos de coordinación de carácter más o menos federal, lo que lleva a incluir elementos tanto jurídicos como politológicos.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA DESCENTRALIZACIÓN EDUCATIVA EN ESPAÑA

Aunque pueda parecer que empezamos por el final, no cabe duda, como bien han indicado varios autores (Tiana Ferrer 2007) y organismos internacionales[2], que España se sitúa como uno de los países más descentralizados[3] en materia educativa. Así, podemos analizar desde dos puntos de vista dicho grado de descentralización: por una parte la

1. Datos de ámbito estatal obtenidos de la información publicada por el Congreso de los Diputados, incluyendo tanto Reales Decretos Leyes convalidados como no convalidados, así como aquellos que se ha acordado su conversión posterior mediante el 86.3 CE.

2. En este sentido es interesante observar el informe Education at a glance, que publica periódicamente la OCDE.

3. No se ha incluido en el análisis del gasto por ser mínimo pero debe considerarse también la descentralización a nivel de centro educativo -lo que se conoce como *autonomía de centro*- aspecto fuertemente recomendado por las diferentes organizaciones internacionales. Sin querer profundizar en la cuestión, debemos advertir que en España dicha autonomía de los centros educativos es menor de los recomendado, como han expuesto algunas instituciones europeas. Algunos detalles sobre este tema se pueden observa en Izquierdo Gómez (2016).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

descentralización del gasto educativo y por otra parte la descentralización de lo que hemos considerado *poderes* -o competencias- en materia educativa.

Tabla I: Financiación inicial del sistema educativo inicial por nivel de gobierno (2017)

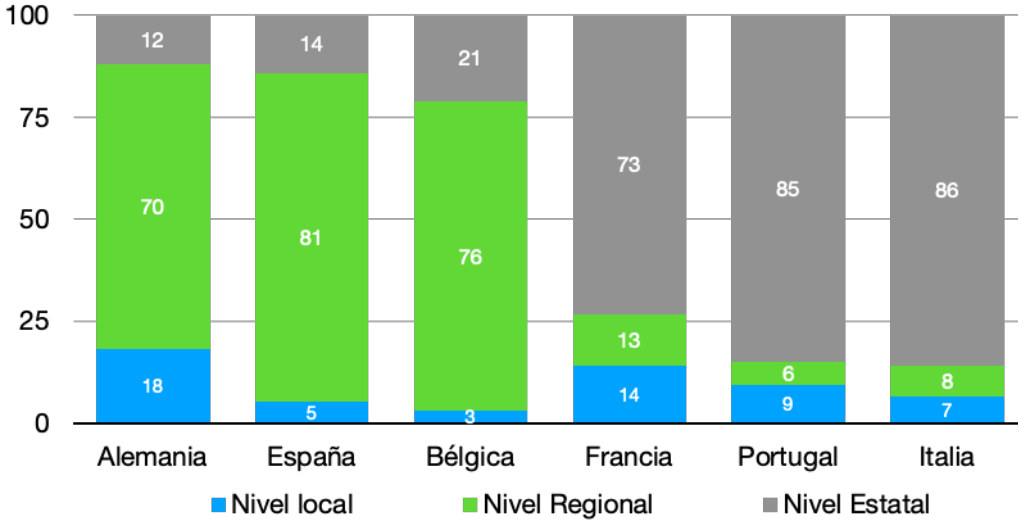


*Gráfico de elaboración propia a partir de datos del sistema nacional de indicadores en educación MEFP 2020

En relación al primero de los elementos basta observar la tabla 1 para determinar que la financiación inicial[4] del Estado en relación al total de la financiación de todos los niveles territoriales es inferior al 15%, que se reduce al menos del 5% si se tiene en cuenta el gasto efectuado -considerando en este sentido los programas de cooperación territorial y las transferencias directas a las CCAA-. Debemos advertir que dicha distribución del gasto, que como se observa se encuentra fuertemente descentralizada hacia las Comunidades Autónomas -y donde destaca el bajo grado de descentralización a nivel local- se ha mantenido prácticamente invariable en los últimos años.

Si observamos la división de *poderes* o competencias en materia educativa, podemos determinar como inicialmente la Constitución y posteriormente los Estatutos de Autonomía han desarrollado dicha descentralización en las Comunidades Autónomas -dentro del marco, como veremos, de la propia CE (Garcia Rubio, 2015) -: la fórmula usada por la gran parte de los Estatutos para otorgarse las competencias educativa es la genérica de "*regulación y la administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio de la competencia del Estado (...)*" por lo que resulta pacífico que el Estado mantiene competencias -en base en los establecido por el 149 CE y posteriormente concretado por la LOECE y la LODE- en la "ordenación general" del sistema educativo y la programación general de la misma, en la fijación de las enseñanzas mínimas, la expedición de títulos y la regulación de la Alta Inspección educativa.

4. Se considera financiación inicial el gasto antes de la reducción de las transferencias, tanto por programas de cooperación territorial como otros conceptos.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En conclusión, se observa que en nuestro país existe un alto grado de descentralización a nivel de distribución de fondos hacía el nivel regional (Comunidades Autónomas) que va acompañado de un sistema de distribución de poderes con el clásico esquema de establecer las competencias del Estado como límites a los poderes competenciales de las CCAA -delimitación negativa-. El resultado se concreta en una distribución de poderes en que el Estado mantiene la importante competencia de ordenación general del sistema educativo[5] -lo que resulta relevante en este caso- así como la fijación de las enseñanzas mínimas, distribución que se ha mantenido pacífica a día de hoy.

III. LOS MECANISMOS DE COLABORACIÓN SECTORIAL

Nos ha parecido razonable, dado el enfoque del trabajo, realizar una breve referencia a los mecanismos de coordinación territorial existentes, especialmente considerado que serán objeto de especial atención en la segunda parte del trabajo. En especial, debemos prestar atención a la Conferencia sectorial de Educación, organismo conformado por el titular del Ministerio de Educación y por todos los consejeros/as de educación de las CCAA. Dicho órgano se crea al amparo de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 12/1983, de proceso autonómico y se concreta en el artículo 29 de la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la educación. Entre sus principales funciones, debe observarse la de conseguir "*la máxima coherencia e integración en cuanto a la aplicación de las decisiones que en el ámbito de la política educativa dicten, en el ámbito de sus respectivas competencias, la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas*"[6]. Cabe destacar que si bien se trata de un órgano claramente orientado a la cooperación y coordinación territorial, existe en la normativa de la Conferencia -tanto la que se extrae del citado artículo 4 de la LPA como de su propio reglamento de organización- rasgos que lo orientan hacía un órgano con rasgos de funcionamiento vertical: la presidencia corresponde en todo caso al Ministerio de Educación (artículo 4) la capacidad de convocatoria es del propio Ministerio (artículo 6) así como la organización del orden del día (artículo 6.5) y hasta cierta capacidad de veto (artículo 7) en las decisiones.

Debemos apuntar que si bien la Conferencia Sectorial ha sido un actor útil especialmente para el desarrollo de la legislación básica (Perez Medina, 2020) se trata de una de las Conferencias temáticas donde más se reproducen las diferencias políticas en una esquema "gobierno-oposición-" (Perez Medina, 2020:45) como han indicado varios autores y como será de análisis en el apartado posterior.

Por último, debemos referenciar que existen otros mecanismos de coordinación frecuentes en el ámbito educativo en nuestro país tales como los programas de cooperación territorial -que tienen un destacable peso económico, pero que se negocian en el marco de la citada conferencia sectorial- , los convenio bilaterales entre el Gobierno y CCAA o entes regionales o la Alta Inspección Educativa. Dichos elementos, ya sea porque se trata de mecanismos bilaterales, por requerir una gestión más prolongada en el tiempo o por incluirse su funcionamiento en la Conferencia Sectorial no han tenido tanta relevancia en el marco de la situación de urgencia provocada

5. Así como la expedición de títulos oficiales, establecido en el artículo 149.1.30 como competencia exclusiva del Estado.

6. Se extrae así de entre las funciones que establece el reglamento de la Conferencia sectorial de educación. Se puede consultar en: https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:04152b8a-0b38-414c-a46a-7bc685620dd3/reglamento-conferencia.pdf

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

por el COVID19. No obstante, se observa que en el proceso de reconstrucción[7] -y en especial por lo que se refiere a programas de cooperación territorial y convenios en relación a recursos para la educación digital- han sido frecuentemente usados, lo que puede llevar a pensar que son mecanismos útiles de cara a la transferencia de fondos o recursos desde al ámbito estatal a las diferentes CCAA o regiones, con un futuro ciertamente prometedor de cara a la distribución de fondos europeos como se ha marcado el plan "España Puede" presentado por el Gobierno[8]. No debemos olvidar que en el marco del semestre europeo[9] la Comisión europea ya ha destacado en este sentido que "*La reforma de la educación y la formación profesional ha incrementado su atractivo (...) pero la cooperación entre las autoridades públicas, los proveedores de educación y los empleadores es insuficiente*".

IV. EL ESCENARIO COVID: UNA MUESTRA DE FORTALEZAS Y DEBILIDADES

Una vez observado el panorama general, procedemos analizar los hechos acontecidos en materia de coordinación territorial durante la situación de urgencia provocada por el COVID19.

Así, en un primer momento, se observa un cierre de los centros educativos de forma claramente descentralizada, siendo la Comunidad de Madrid la primera en anunciar la medida (9 de marzo) para tomarse seguidamente en otras CCAA como la Rioja (11 de marzo). Posteriormente el cierre se extendió a la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas a partir del 13 de marzo, confirmada por la declaración del Estado de alarma el 14 de marzo[10] que declaraba la suspensión de la *actividad educativa presencial*. La última región en hacer efectivo el cierre fue precisamente Ceuta, territorio gestionado directamente por el Ministerio de Educación. En este marco, la primera reunión entre el Gobierno y las distintas Comunidades Autónomas -que hasta el momento habían alargado el cierre de centros educativos con criterios dispares- se produce el 25 de marzo en el seno de la Conferencia sectorial[11] donde los principales temas tratados son la modificación del calendario escolar y la adaptación de las pruebas de acceso a la universidad.

Entre marzo y septiembre de 2020 (inicio del siguiente curso académico) se realizaron un total de 7 reuniones de la conferencia sectorial. Dicha cifra es destacable ya que entre mayo de 2019 y marzo de 2020 solo se reunió en 1 ocasión[12]. Debemos destacar en este sentido que en septiembre de 2020 se realizaron dos reuniones

7. ElDiario.es. (2021). *El Gobierno destinará 2.400 millones de fondos europeos para reducir el abandono escolar y digitalizar el sistema*. [online] Available at: https://www.eldiario.es/sociedad/gobierno-destinara-2-400-millones-fondos-europeos-reducir-abandono-escolar-digitalizar-sistema_1_7334886.html [Accessed 28 May 2021].

8. El programa indica que "*La brecha digital tiene un mayor impacto en las comunidades más vulnerables que se pretende paliar con programas de cooperación territorial en el marco del presente componente*" (pag 328) se puede consultar en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

9. Informe sobre España 2016, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/cr_spain_2016_es.pdf

10. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

11. La Moncloa. 25/03/2020. Los ministerios de Educación y FP y Universidades acuerdan cambios en el calendario y en las pruebas de acceso a la Universidad (EBAU) [Prensa/Actualidad/Educación y Formación Profesional]. [online] Available at: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion/Paginas/2020/250320-covid-ebau.aspx [Accessed 6 Apr. 2021].

12. Si bien esta cifra debe considerarse en un contexto particular, con la celebración de elecciones generales durante ese periodo y la existencia de un Gobierno en funciones.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de lo que se apodó como "Conferencia multisectorial de Educación y Sanidad" (La Moncloa 2020), lo que resultó sin duda una innovación: a falta de marco jurídico, se reunían las dos conferencias de forma simultánea para coordinar acciones en ambos ámbitos, lo que sin duda merece una valoración positiva. A pesar de que el organismo siguiera el esquema de coordinación "vertical y dual" que ya hemos expuesto, la coordinación entre distintas temáticas resultó clave para gestionar algunas temáticas como la conjunción de las políticas sanitarias y educativas en los centros educativos, en especial el protocolo que se iba a seguir en los mismos.

En relación a las normas que se publicaron a raíz de dichas reuniones, cabe destacar por una parte la temprana ORD/365/2020, de 22 de abril donde se establecen los criterios de promoción para el curso 2019/2020 y ciertos aspectos preparatorios para el siguiente curso. La norma se dicta fruto del acuerdo en la conferencia sectorial, por lo que según lo establecido en el artículo 151 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público* solo será de obligado cumplimiento para aquellas CCAA que la suscriban en la propia conferencia sectorial o posteriormente. Tratándose de una norma con cierto carácter polémico -modificaba puntualmente para el curso en cuestión aspectos regulados en normativa básica- debemos destacar que 5 CCAA de un color político diferente al Ministerio de Educación no suscribieron el acuerdo. Más allá de comentar las consecuencias políticas de la situación, el resultado provocado se concretó en unos criterios de promoción de curso diferentes en 5/17 CCAA, lo que parece evidente resulta una anomalía.

Una situación parecida se observa con la orden EFP 561/2020 donde se establecen los criterios de inicio del siguiente curso académico. En esta ocasión no suscribieron el acuerdo dos CCAA[13]. En este marco, la primera de las órdenes[14] fue objeto de un recurso judicial ante la Audiencia Nacional por parte de un partido político (Europa Press, 2020) -coincidente con los CCAA que no se sumaron a dicha norma- que no resultó admitido a trámite. Por último debemos exponer la publicación del RDL 31/2020 normativa que ya no resultó de la conferencia sectorial y que como se observa dispone de un rango normativo superior. Dicha norma, que resultó convalidada en el Congreso de los Diputados, modifica diversos aspectos puntuales en relación a la habilitación profesional en situaciones extraordinarias o al calendario escolar. Entre las razones -más allá del componente obvio de oportunidad política- que llevaron al Gobierno a tramitar la norma con dicho rango, podríamos presuponer por una parte la experiencia previa en la normativa emanada de la conferencia sectorial expuesta o la modificación de diferentes normas con rango de ley, aunque nos encontramos ante una situación similar a la de la ORD/365/2020.

V. CONCLUSIONES Y UNA MIRADA DE FUTURO

Una vez analizada la situación acontecida, así como el funcionamiento de los principales mecanismos de coordinación territorial, se procede a exponer de forma esquemática una serie de conclusiones en relación a dicho funcionamiento, que se intentan acompañar de una serie de propuestas de mejor al respecto.

13. En este caso las CCAA que no suscribieron el acuerdo fueron Madrid y País Vasco

14. No se suscribieron dicha Orden Ministerial, en el marco de la conferencia sectorial, las consejerías de País Vasco, Comunidad de Madrid, Andalucía, Región de Murcia y Castilla y León.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- **El parámetro político (entendido como "confrontación de bloques") sigue siendo prioritario en los organismos de cooperación territorial.** Como se observa de la situación expuesta, las diferencias que se mostraron en el seno de la conferencia sectorial se organizaron claramente por orientaciones ideológicas lo que provocó -especialmente a través de la ORD/365/2020- una situación de "bloques" alejada de criterios puramente territoriales. Sin duda, la urgencia y premura con la que se tuvo que manejar la situación no ayudó y la situación de polarización por las sucesivas prórrogas del Estado de Alarma no contribuyeron a crear el clima adecuado. Muestra de ello es que el recurso judicial a dicha orden fue presentado por un partido político. No obstante, la experiencia muestra que el resto de instrumentos de cooperación intergubernamental -programas de cooperación territorial, convenios bilaterales- resultan de utilidad, especial en un escenario, como el que se preve, de aumento del gasto público descentralizado.

- **No existe costumbre de que *emanen* normas jurídicas de los órganos de coordinación, lo que provoca disfunciones.** La aplicación desigual de las órdenes citadas y especialmente su resultado -criterios dispares de promoción de curso según el apoyo de las diferentes CCAA a los acuerdos de la conferencia sectorial- mostraron como el mecanismo establecido en artículo 151 de la LPJAC según el cual las CCAA que no apoyen los acuerdos no se verán vinculadas por los mismos no es funcional en situaciones de urgencia. En este sentido, se propone abordar otras vías normativas -si se considera, con presencia de un mayor control parlamentario, incluso de la cámara territorial- que aseguren la posibilidad de aplicar dichas medidas.

- **El funcionamiento de las conferencias sectoriales sigue resultado excesivamente vertical y poco flexible.** Como bien se ha expuesto anteriormente, debe valorarse positivamente la experiencia de la conferencia intersectorial de salud y educación, aunque las diferentes reuniones muestran un funcionamiento excesivamente vertical -poca capacidad para las CCAA para incidir, más que apoyar o negarse a las decisiones expuestas- y poco flexible, posiblemente resultado de una normativa en relación a dichas conferencias que no se ha modificado desde su creación con la ley de proceso autonómico en 1983 con sus tímidas modificaciones en la ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público. Parece razonable, por tanto, establecer una normativa actualizada *ad hoc* -y no dispersa en varias normas- más tratándose del principal mecanismo de cooperación territorial de carácter sectorial. Dicha reforma podría ir en la línea de flexibilizar el funcionamiento de dichos organismos, fomentar la intersectorialidad entre ellas -que se ha demostrado de gran utilidad- y por último establecer mecanismos para situaciones de urgencia y crisis, incluidas respuestas normativas que permitan una coordinación real entre los diferentes entes y el Gobierno central. En este sentido, siguiendo el esquema de Blanco Valdes de la evolución de gran parte de los sistemas federales europeos de un modelo de federalismo dual a un modelo de federalismo cooperativo, debemos valorar como muy tímida la contribución del organismo al desarrollo del "federalismo cooperativo". (Blanco, 2012).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

BIBLIOGRAFIA

- ARAGON REYES, M. (2016): Uso y abuso del decreto-ley : una propuesta de reinterpretación constitucional : discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid: Iustel.
- BLANCO, R.L. (2012): Los rostros del federalismo. Madrid (España) Alianza Editorial.
- ELDIARIO.es. (2021): El Gobierno destinará 2.400 millones de fondos europeos para reducir el abandono escolar y digitalizar el sistema. [online] Available at: https://www.eldiario.es/sociedad/gobierno-destinara-2-400-millones-fondos-europeos-reducir-abandono-escolar-digitalizar-sistema_1_7334886.html [Accessed 28 May 2021].
- EUROPA PRESS (2020): El PP recurre ante la Audiencia Nacional la orden ministerial sobre fin de curso por crear "agravios" entre comunidades. [online] www.europapress.es. Available at: https://www.europapress.es/nacional/noticia-pp-recurre-audiencia-nacional-orden-ministerial-fin-curso-crear-agravios-comunidades-20200518154630.html [Accessed 28 May 2021].
- GARCIA RUBIO, J. (2015): El proceso de descentralización educativa en España. Edetania, 4(), pp.203–216.
- IZQUIERDO GÓMEZ, D. (2016): ¿Qué hacen los directores de centros escolares? Las prácticas de dirección en España a partir de los estudios internacionales PISA y TALIS. Revista Complutense de Educación, 27(3).
- PEREZ MEDINA, J.M. (2020): Dinámica de las conferencias sectoriales. Entre la intergubernamentalidad y la cooperación administrativa. Revista d'Estudis Autonómics i Federals, pp.17–64.
- TIANA FERRER, A. (2007): La coordinación sectorial en materia de educación en España. Revista de administración sanitaria SXXI, 5(3), pp.373–389.
- LA MONCLOA. 25/03/2020. Los ministerios de Educación y FP y Universidades acuerdan cambios en el calendario y en las pruebas de acceso a la Universidad (EBAU) [Prensa/Actualidad/Educación y Formación Profesional]. [online] Available at: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion/Paginas/2020/250320-covid-ebau.aspx [Accessed 6 Apr. 2021].
- LA MONCLOA. 27/08/2020. El Gobierno acuerda con las comunidades autónomas una Declaración de actuaciones coordinadas en Salud Pública frente al COVID-19 para centros educativos [Prensa/Actualidad/Educación y Formación Profesional]. [online] Available at: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion/Paginas/2020/270820-covid-curso.aspx [Accessed 28 May 2021]. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

NOVEDADES PARLAMENTARIAS
OLGA HERRAIZ SERRANO Y PABLO GUERRERO

62 INFORME
A VUELTAS CON LA INMUNIDAD TRAS EL *OVILLO* JURÍDICO DEL ASUNTO JUNQUERAS
por Amir Al Hasani Maturano

82 INFORME
PARALIZACIÓN LEGISLATIVA Y GOBIERNO POR DECRETO-LEY
por Piedad García-Escudero Márquez

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

A VUELTAS CON LA INMUNIDAD TRAS EL *OVILLO* JURÍDICO DEL ASUNTO JUNQUERAS

THE LEGAL TANGLE OF THE JUNQUERAS AFFAIR: IMMUNITY IN A TWIST

***por* Amir Al Hasani Maturano**

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares

Cómo citar este artículo / Citation:
Amir Al Hasani Maturano (2021):
A vueltas con la inmunidad tras el *ovillo*
jurídico del asunto Junqueras, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.

DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0103

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

El objetivo del texto tiene como finalidad realizar un análisis del embrollo procesal jurídico referido a la inmunidad del Sr. Junqueras, al hallarse en situación de prisión provisional y no poder adquirir la condición plena de eurodiputado. El Tribunal de Justicia a diferencia del Tribunal Supremo sostiene que una persona elegida adquiere condición de europarlamentaria, como resultado de las elecciones una vez proclamado por la Junta Electoral. A través del mismo puede comprenderse algunas problemáticas jurídicas surgidas en ese proceso.

Palabras claves: inmunidad, suplicatorio, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Supremo, *procés*.

ABSTRACT

The aim of the text is to carry out an analysis of the legal procedural mess related to the immunity of Mr. Junqueras, as he is in a provisional prison situation and cannot acquire the full status of MEP. The Court of Justice, unlike the Supreme Court, holds that an elected person acquires the status of an MEP, as a result of the elections once proclaimed by the Electoral Junta. Through it, some legal problems that have arisen in this process can be understood.

Keywords: immunity, petition, Court of Justice of the European Union, Supreme Court, *procés*.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Tras una serie de acontecimientos actuales con origen en el movimiento político del *procés*, ha conllevado examinar ciertos medios con los que cuenta los parlamentarios para desarrollar su función parlamentaria. Nos referimos, en esencia, a los medios de carácter jurídico denominados como prerrogativas de los parlamentarios (García Morillo, 2018, p.74). Su objetivo principal es garantizar la independencia y libertad del Parlamento, mediante unas garantías funcionales irrenunciables por parte de la Cámara (Ibídem, p. 74). Aunque necesariamente, conlleva observar algunas peculiaridades referentes a la posición jurídica del cargo público representativo. El propósito no es otro que, señalar una cierta previsibilidad jurídica, a la hora de afrontar hechos controvertidos y similares venideros. O establecer un argumento doctrinal sólido que nos enmiende el binomio continuador: ¿se sobrepone la inmunidad frente a cualquier procedimiento penal? ¿Incluso sin adquirir la plena condición de parlamentario?

El dictamen del texto no solamente vislumbra una pugna entre Poder Legislativo y Poder Judicial (Martín-Retortillo, 1997:13-71), sino, una ponderación entre derechos fundamentales con inherencia del Estado de Derecho, como la tutela judicial efectiva y derechos fundamentales con esencia del Estado Democrático.

Los números hechos acontecidos y resoluciones judiciales del renombrado juicio del *procés*, habilita un estudio extenso. Si bien, ha implicado, en muchos aspectos, una crítica a su ordenación presente. Y por otro lado, una cierta cautela en la revisión de la ponderación de derechos fundamentales realizada por diversos órganos judiciales.

La inmunidad, expresado brevemente, protege al parlamentario frente a cualquier iniciación de un proceso penal, una detención o forma de privación de libertad. Obviamente, cuando el móvil provenga de una persecución política. Como elemento característico para que se inicie un procedimiento penal contra un parlamentario (según García Morillo (p.76) "con su inculpación o procesamiento, no con la simple admisión a trámite de la querella ni con las diligencias preliminares de investigación"), la Cámara dispone la prerrogativa de conceder o denegar el suplicatorio, si hay o no indicios de persecución política –*fumus persecutionis*–. Como sugerencia inicial, la extensión temporal estará ligada a la función, lo que conllevará averiguar si se inicia con la proclamación de los parlamentarios como electos, o, sin embargo, ha de cumplir los requisitos formales para su plena condición.

El origen de esta institución nace en los orígenes del parlamentarismo, para garantizar la independencia del Poder Legislativo frente al resto de poderes. En un contexto de enfrentamiento de legitimidades a la hora de una división de poderes. Ahora bien, se considera que la institución de la inmunidad parlamentaria tiene su origen histórico asociado a la Revolución Francesa, singularmente, en los decretos de la Asamblea Nacional. Al comprender tanto la irresponsabilidad por los actos cometidos en el ejercicio parlamentario, como por cualquier otro acto, salvo en caso de autorización para procesar. Esta institución fue incorporada progresivamente a los ordenamientos jurídicos de los Estados hasta la actualidad. A día de hoy, esta institución se cuestiona a menudo, en especial, su justificación para distinguir a un individuo cuando se protege. Ciertamente, estas críticas tienen su razón de ser, al hallarnos con la independencia judicial reconocida constitucionalmente. A pesar de *actuar* como garantía frente a posibles ataques injustificados a la composición del parlamento. Los frecuentes abusos[1] que se han cometido

1. Excluyendo la restricción fijada en los casos de delito flagrante, la doctrina habla de serios riesgos en su fundamentación. "Por una parte se considera que en vez de ser un instrumento que permite al propio Parlamentario defenderse hasta frente a persecuciones arbitrarias que puedan alterar su composición, la inmunidad ha operado a

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

y se cometen con la inmunidad, "hacen aún más imperiosa la exigencia de trazar con claridad sus contornos" (Lucas-Murillo, 1990:190). Tras la consolidación del Estado de Derecho y la sumisión constitucional de todos los poderes a la Constitución, parece en cierta medida, una institución que reconoce privilegios innecesarios (Férnandez-Miranda, 2011, p.150).

Entre las numerosas definiciones, Fernández-Miranda (Ibídem, p. 150) define inmunidad como: "la prerrogativa por la que los parlamentarios, durante el período de su mandato, sólo pueden ser detenidos en caso de flagrante delito y no pueden ser inculpados y procesados sin la previa autorización de la Cámara a la que pertenezcan (art.71.2 CE). Supone un control político de las Cámaras parlamentarias sobre la libertad física de sus miembros y sobre los procedimientos criminales que pueden culminar en privación de libertad".

II. LA ORDENACIÓN DE LA INMUNIDAD EUROPARLAMENTARIA E PARLAMENTARIA

La caracterización de la institución resulta pacífica por la doctrina. Así, en términos de Punset Blanco (1983:158) serían: "Las prerrogativas de que gozan los Diputados en orden a su detención y procesamiento integran el instituto denominado, entre nosotros, inmunidad parlamentaria". O como expresa Lucas-Murillo De La Cueva (1990:190-191): "la inmunidad es una garantía de índole procesal encaminada a impedir que un diputado o un senador pueda ser detenido -salvo el caso excepcional de que sea sorprendido in fraganti- o sometido a un proceso penal sin la autorización previa de la Cámara a la que pertenezca". Igualmente, en la misma línea, la de Fernández-Viagas (1990:91): "La inmunidad es la prerrogativa de que gozan los parlamentarios, mientras dure su mandato, consistente en no poder ser detenidos, procesados ni inculpados sin la previa autorización de la Cámara a la que pertenecen". Derivado de ello, entre los sujetos activos se mencionan a quienes sean miembros de las Cámaras. Ellos poseen el fuero especial, en dos vertientes: por un lado, la prohibición de arresto fuera de los casos de flagrante delito; y, por otro, la prohibición de procesamiento sin autorización del órgano al que se pertenece.

Al respecto de lo previo, Eloy García (1989:64) resume los dos sentidos o finalidades de la inmunidad. En su sentido amplio, "se entiende un derecho inherente a la condición parlamentaria en virtud del cual se confiere a los representantes una cierta indemnidad respecto a las acciones judiciales que en su contra pudieran promover el gobierno o los particulares". Y, en el estricto, "impide que el parlamentario sea arrestado, salvo en el supuesto de flagrante delito, encausado o procesado, por actuaciones realizadas al margen de su función, sin que medie previa autorización de la Cámara a la que pertenezca". Tras estas, inferimos que sería suficiente con las correspondientes garantías ofrecidas por los jueces y tribunales, dado que les corresponde la potestad jurisdiccional. Siendo la inmunidad un claro recelo al Poder Judicial, que en los modernos Estados de Derecho resulta en cierta medida irracional, vulnerando el principio de igualdad ante la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En pocas palabras, su finalidad resulta ser un instrumento de garantía para la independencia de los parlamentos. Ya su naturaleza, pese a ser extraordinaria o *injusta*, se ofrece predominantemente objetiva a los fines de la institución que sirve. Esto es,

menudo como una técnica que asegura prácticamente la inmunidad del Parlamento. Un arma política de la mayoría o una autodefensa del status de político". En (Figueruelo, 1989:991).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

como una herramienta al Parlamento[2] que permite impedir persecuciones políticas de sus miembros.

En el ordenamiento jurídico español, la institucionalización de la inviolabilidad y la inmunidad se halla en nuestro Texto Constitucional, concretamente, en el artículo 71. Tal como considera la doctrina, ambas prerrogativas parlamentarias son distintas aunque complementarias (Eloy, 1989:66).

Los puntos más controvertidos, son los relativos al ámbito temporal de las prerrogativas[3]. Si bien, mayoritariamente se considera que los parlamentarios se hallan cubiertos de sus garantías al adquirir la condición plena. En ese caso, se exigen unos requisitos, entre ellos, la exigencia de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución. Por eso, los requisitos revestirán determinadas consecuencias hacia las prerrogativas. En este sentido, Fernández-Viagas (1990:173) menciona la notoria distinción entre hallarse como diputado electo, por un lado, y, por otra, reunir la plenitud de condiciones formales exigidas. Así, ya comienzan las consideraciones doctrinales divergentes: en el sentido de concebir suficiente la proclamación como electo para poseer las prerrogativas; o, por lo contrario, sin los requisitos reglamentarios exigidos no se adquiere la plena condición y no se *goza* de las prerrogativas. Avanzamos que la proclamación como electo, en principio, sería más acorde con la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la UE.

Francamente nos topamos con una situación interpretativa jurídicamente relativa al ámbito temporal para proyectar la inmunidad. Máxime, si con anterioridad a su proclamación el parlamentario ha resultado inculpado, procesado e incluso decretado con prisión provisional. López Aguilar (1996:111) estimó, al realizar un análisis de una controversia jurídica previa -asunto Muguruza-, que al no realizarse una interpretación teleológica de los preceptos que regulan la inmunidad, deben suspenderse los derechos del parlamentario y conceder el suplicatorio a los Tribunales, en ciertos casos graves. A su modo de ver: "En este particular caso, parece obvio que no existe viso alguno de persecución política en razón de su condición de parlamentario, puesto que el procesamiento o sujeción a prisión habían sido acordados con anterioridad a la adquisición de dicha condición de parlamentario". En efecto, un punto de vista que estima necesario que la no concesión del suplicatorio se produzca por causas graves, y no por meras conjeturas o suposiciones sin relación con la función parlamentaria.

En modo semejante, en el orden institucional de la UE, este proceso de adquisición, se rige por el artículo 9 del Protocolo núm. 7, sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, relacionado con el Acta relativa a la elección de los diputados aneja a la Decisión 76/787/CECA, del Consejo, de 20 de septiembre de 1976, actualizada en 2002. Sin embargo, adelantamos que, en virtud de este orden, el proceso de adquisición se rige –sustancialmente– por las disposiciones nacionales de los Estados miembros.

Asimismo, en atención a la doctrina del Tribunal Constitucional, se pone de manifiesto algunos caracteres básicos de la inmunidad expuestos (Martín de Llano, 2010, pp.48-49). Entre ellos, el fundamento de la institución se basa en garantizar la libertad

2. "En ambos casos, se trata de garantías objetivas que tienden a la protección de la independencia del Parlamento, tutelando el normal desarrollo de su actividad. Para ello se afirma su carácter instrumental, y su naturaleza funcional- que las hace irrenunciables para los parlamentarios-, a pesar de que amplían la esfera jurídica de éstos, y les dota de un interés legítimo que les permite reaccionar en el caso de que sean vulnerables". En (Figueruelo, 1989:991).

3. "(...) puede ocurrir que el imputado adquiera o pierda una vez iniciado el proceso la condición de aforado, lo que necesariamente exige una mayor precisión en la fijación del alcance temporal". En (Rivera, 2018:32).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

e independencia del Parlamento. Junto a ello, la inmunidad tiene por fin proteger la libertad personal de los parlamentarios contra detenciones y procesos judiciales que desemboquen en privación de libertad. También, su clara incidencia en el ámbito de la tutela judicial efectiva, al suponer un presupuesto de procedibilidad determinante. En último lugar, su existencia responde a un interés superior –representación parlamentaria– que dependerá de las circunstancias del caso. Esto último, ya que se otorga una facultad que le correspondería a los órganos de naturaleza jurisdiccional.

En lo que respecta a considerar el proceso judicial como especial, se debe al ámbito que se circunscribe, es decir, a los delitos cometidos por los parlamentarios. El motivo de su especialidad, "estriba en la exigencia de obtener el pertinente suplicatorio para poder dirigir un proceso penal contra un Diputado o Senador" (Gimeno Sendra, 2015 p.724). En sentido procesal, la denegación del suplicatorio[4] conlleva el sobreseimiento libre de la causa penal[5].

El momento temporal para que los magistrados del Tribunal Supremo descarten el suplicatorio, hace referencia a la apertura de juicio oral. A modo clarificador, en términos procesales, la imputación judicial de modo definitivo es la que posibilita la apertura del juicio contra el investigado, según si el procedimiento refiere a un sumario ordinario se denomina auto de procesamiento; a diferencia de un procedimiento abreviado que sucede con el auto de incoación o auto de conclusión de diligencias previas. Entonces la fase intermedia finaliza en el sumario ordinario con el mencionado auto de apertura juicio oral, al menos formalmente. Siempre que no concurran presupuestos formales o materiales que presuponen el sobreseimiento, se procede a calificar los hechos y la apertura del juicio oral. Ahora bien, en la práctica o desde un punto de vista material, sucede con la interposición de los escritos de calificación provisional. Así, esta fase de juicio oral se inicia con el auto de apertura del juicio oral, dictado por el órgano jurisdiccional competente. El auto es irrecurrible, con los efectos de publicidad para los actos procesales, además, se ordena pasar la causa a las partes para su calificación provisionales (633 y 649 LECrim). Aunque *choca* en parte la separación entre apertura de juicio oral y la calificación, a no ser que luego quien pide la apertura solicite la absolución (Gómez Colomer, 2017:325).

Sin entrar a una valoración profunda, sí nos gustaría *dejar apuntado* que la prisión provisional es una medida cautelar personal que resulta gravosa, al suponer la privación de libertad de un sujeto. En consecuencia, una medida personal que afecta al derecho fundamental a la libertad (art.17 CE), e indirectamente, al principio de presunción de inocencia de la persona presa (art.24CE). Sin obviar, que esa medida debe ser temporal y provisional (Barona, 2017:292). Por ese motivo, al ser una medida excepcional, debe adoptarse cuando no existan otras medidas menos gravosas que alcancen los mismos fines. Imperiosamente debe respetar el principio de proporcionalidad, la adecuación de la prisión provisional a los fines constitucionalmente legítimos, asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva. Por ende, la existencia de un riesgo de reiteración delictiva con el fin de evitar que el encausado cometa otros hechos delictivos, requiere valorar ineludiblemente: las circunstancias del hecho, como la gravedad del delito; que el hecho delictivo sea doloso; y, la situación especial que infiera que el encausado viene actuando concertadamente de forma organizada para la comisión de hechos delictivos.

4. "El suplicatorio es un presupuesto procesal, que consiste en la obtención de la autorización de la Cámara competente para la afección del senador o diputado al proceso penal. Es por ello que si se deniega el suplicatorio, habrá que dictarse sobreseimiento". En (Barona, 2017:620)

5. "Si se denegara el suplicatorio, habrá el Tribunal de sobreseer libremente la causa (art.677.II)". En (Gimeno, 2015:724).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Por último, respecto a la denegación del suplicatorio, hemos afirmado que pasa a ser una sentencia absolutoria al producirse un sobreseimiento libre. Ya choca a primera vista, un suplicatorio determinado por un juicio político que invade algunas esferas del Poder Judicial. Además, parece vital que tenga a considerarse una posible alegación por violación de derechos fundamentales (Capítulo II Título I CE), con el consiguiente recurso de amparo, si el uso por el cual se concede la inmunidad no es *razonable* en términos jurídicos. Lo que correspondería al Tribunal Constitucional esa revisión del examen del caso concreto. En síntesis, en la actualidad, la denegación del suplicatorio puede considerarse válida desde la perspectiva del art.24.1 CE, siempre que sea conforme a la finalidad que la institución persigue y en su fundamentación.

III. EL DESCUBIERTO DE LA INMUNIDAD TRAS LA TRAMA DEL *PROCÉS*

La antología de los sucesos con sus conflictos derivados en una solución judicial, pasa insoslayablemente, por recordar la adopción por parte del Parlamento de Cataluña de la Ley 19/2017 del referéndum, de 6 de septiembre, y, la Ley 20/2017, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, de 8 de septiembre. A continuación de las leyes remarcadas, se produjo la consecuente celebración, el 1 de octubre de 2017, de un referéndum ilegal para la autodeterminación del territorio de Cataluña. La ilegalidad, deriva, a raíz de la suspensión de las leyes citadas, en virtud de resolución del Tribunal Constitucional.

Lo que condujo a un proceso penal ante varios políticos de este territorio, por la presunta comisión de actos subsumibles en tipos penales. Entre los políticos encausados, estaba el Sr. Oriol Junqueras Vies, ex Vicepresidente de la *Generalitat*. En la misma fase de instrucción, se acordó la situación de prisión provisional para él y el resto de dirigentes. Con todo, al producirse la apertura del juicio oral, el Sr. Junqueras se presentó como candidato a las elecciones generales del Congreso de los Diputados, celebradas el 28 de abril de 2019, resultando finalmente electo. Más aún, se presentó como candidato a las elecciones al Parlamento europeo, celebradas el 26 de mayo de 2019, resultando electo, y, proclamado por el acuerdo de la Junta Electoral Central, de 13 de junio de 2019. Surge así, la base para la discusión doctrinal en torno a la inmunidad europarlamentaria y nacional.

Con anterioridad se avanzó que la inmunidad se limita al ámbito penal. Con relación a ello, los parlamentarios gozan de otra prerrogativa más, el fuero especial. Siendo el Tribunal Supremo el órgano competente para conocer las causas especiales contra Diputados y Senadores, según el artículo 71.3 Constitución. Pues bien, este órgano judicial supremo ha mantenido la postura, desde sus primeras resoluciones, que la inmunidad no se alcanzaba respecto de los procesos en los que aún no se hubiese abierto el juicio oral contra los parlamentarios. Por ello, resulta importante atender la fase procesal que se hallaba el Sr. Junqueras. Y como, le concedieron un permiso extraordinario para asistir a la toma de posesión de su escaño al ser proclamado electo para el Congreso de los Diputados. Todo con el fin de cumplimentar los requisitos exigidos por el Reglamento de la Cámara Baja[6]. Según la interpretación doctrinal del art.20.2 Reglamento del CD, la prerrogativa se adquiere en el mismo momento que el mandato parlamentario (Fernández-Miranda, 2011:150), es decir, la proclamación como electo. Lo que deriva en la introducción de unos elementos

6. Para una mayor comprensión de los Reglamentos parlamentarios vid. (Santaolalla, 2018, pp. 255-272).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

formales para la adquisición definitiva como parlamentario. En consecuencia, se produce una hipotética suspensión de las prerrogativas hasta que se produzca la adquisición definitiva, en atención al art. 21.2 Reglamento del CD.

En líneas sucesivas del texto, repararemos en la ulterior suspensión en el ejercicio del cargo por acuerdo de la Mesa del Congreso. Por si no fuese, ya, embrollado el asunto, el Sr. Junqueras resultó electo como europarlamentario, según el acuerdo de la Junta Electoral Central, de 13 de junio de 2019. Con esta coyuntura, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante Auto de 14 de junio de 2019 denegó el permiso extraordinario al Sr. Junqueras para comparecer ante la Junta Electoral Central con el fin de prestar la promesa o el juramento de acatamiento de la Constitución Española, exigida por la legislación electoral a las personas electas. Tras la denegación para formalizar su adquisición como europarlamentario, ya que no se *prestó* la promesa o el juramento de acatamiento, el proclamado electo interpuso el correspondiente recurso de súplica ante el Auto del TS susodicho. Mediante la invocación al órgano judicial, de su correspondiente interés legítimo para acogerse a la inmunidad derivada del art.9 del Protocolo núm. 7 sobre privilegios e inmunidades de la UE.

Más, la Sala Penal del Tribunal Supremo, suspendió el procedimiento y planteó en el Auto con fecha 1 de julio de 2019, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para una interpretación e aplicación racional del artículo 9 del Protocolo núm.7. O puntualizado, si un proclamado electo que no cumple con todos los requisitos establecidos por legislación nacional —en condición de prisión provisional— adquiere la condición de europarlamentario y le blinda la inmunidad. O por lo contrario, se adquiere la inmunidad, una vez que cumple con todos los requisitos formales, con la recogida del acta.

IV. UN ANÁLISIS DEL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE 14 DE MAYO DE 2019

Con el escrito de la defensa del Sr. Junqueras, de fecha 7 de mayo de 2019, se solicitó el amparo al ejercicio del derecho de representación política –referido al ámbito nacional–, y a tal fin, decretar su libertad provisional. Motivado por el hecho de la recogida de su acta parlamentaria en el período reglamentado, y, la asistencia al pleno de constitución de las Cámaras. A tal efecto solicita la remisión del correspondiente suplicatorio al Congreso, mediante escrito de fecha de 8 de mayo de 2019.

En su defensa, sostiene fraccionadamente la línea argumental que tratamos en el texto. En sus consideraciones, la inmunidad parlamentaria surtiría efectos desde la proclamación como diputado electo. O, dicho de otro modo, antes del cumplimiento de ciertos requisitos, de carácter más formal, que presuponen la adquisición plena de parlamentario. A consecuencia de ello, la prerrogativa de inmunidad extendería sus efectos durante todo el proceso penal incluyendo a los proclamados electos. Acogiéndose al párrafo segundo del artículo 751 LECrim.

En cambio, en la fundamentación jurídica, los Magistrados de la Sala de lo Penal consideran que los términos inculpación o procesamiento en relación al goce de la inmunidad relativa al art.71.2 CE no albergan ninguna duda interpretativa. Por ende, fundamentan que la autorización de la Cámara "es precisa para la adopción de decisiones judiciales propias de la fase de instrucción o de la fase intermedia del

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

proceso penal"[7]. Con términos comprensibles, la autorización parlamentaria operaría en las fases procesales anteriores al juicio oral. Tras una interpretación gramatical y sistemática que realizan de los arts. 750 a 756 LECrim y la Ley de 9 de febrero de 1912, entienden que la figura de la inmunidad es una previsión a futuro y no anterior, a una fase procesal avanzada. Esto es: "para atribuir a un diputado o senador electo la condición formal de parte pasiva, sujetándolo a un proceso penal que podría afectar al normal funcionamiento de las tareas legislativas"[8].

De este modo, se acoge un criterio restrictivo para la solicitud del suplicatorio, dando por sentado que la condición de diputado o senador se despliega antes de un auto de procesamiento. Si bien, el artículo 751 LECRim textualmente expone que: *"Se pondrá también en conocimiento del Cuerpo Colegislador respectivo la causa que existiere pendiente contra el que, estando procesado, hubiese sido elegido…"*. Del mismo modo, menciona el estado de procesado, lo que no queda otra vía que no sea acudir a la rama derecho procesal[9].

La LECrim –junto a la Ley de 9 de febrero de 1912– contempla varios procedimientos especiales, entre ellos los seguidos contra Diputados o Senadores –aforados–, con la necesaria obtención de la correspondiente autorización de la Cámara correspondiente para procesarlos, el suplicatorio. Este último se remite por conducto del Ministerio de Justicia junto con el testimonio de los cargos que resulten y el informe del Ministerio Fiscal. Una vez se solicita, paraliza el proceso hasta su concesión o denegación, según el 753 LECrim. Si se deniega[10], se debe proceder al sobreseimiento de las actuaciones respecto del sujeto aforado. Entre las distintas cuestiones procesales, cabe destacar que la competencia del tribunal especial[11] se consolida desde que se dicta el auto de apertura de juicio oral (STS 869/2014, de 10 de diciembre). El auto de apertura de juicio oral tiene la finalidad de practicar los medios de prueba propuestos y concretar de los acusados las calificaciones jurídicas de los hechos y la responsabilidad. Desde un punto de vista formal, ese auto produce la publicidad del procedimiento, en suma, si de las diligencias instructoras practicadas se deducen hechos punibles atribuibles a los sujetos. Respecto al suplicatorio, el art. 754 LECrim establece que: *"Si el Senado o el congreso negasen la autorización pedida, se sobreseerá respecto al Senador o Diputado a Cortes; pero continuará la causa contra los demás procesados"*.

En los fundamentos jurídicos del auto analizado, en aplicación a doctrina jurisprudencial, se resguardan en las STS 1952/2000, de 19 de diciembre; y, STS 54/2008, de 8 de abril. Aunque refieren a situaciones donde existían sentencias definitivas, no correspondientes a esta misma situación procesal. Parecería lógico, que en una culminación del proceso penal, si tuviese una razón de ser, a la hora de que las prerrogativas no surtan sus efectos.

7. Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 14 de mayo de 2019, FJ. 2º.

8. Ibídem., FJ. 2º.

9. "Si atendemos a estas consideraciones, no cabe entender que el presente proceso penal menoscabe el normal funcionamiento del Congreso o el Senado, cuando las elecciones legislativas de las que se deriva su actual composición ni siquiera estaban convocados cuando se inició, se finalizó la instrucción, se procesó y acusó a los hoy Diputados y Senador y se iniciaron las sesiones de juicio oral". En Ibídem., FJ. 2º.

10. "(…) el suplicatorio, por no tener carácter jurisdiccional, impide que la Cámara entre a juzgar la legalidad de los hechos imputados, facultad que queda reservada, si se concede la autorización, a los Tribunales". En (Rivera, 2018:33).

11. Coincidimos que "el aforamiento opera como complemento y cierre de las prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad que disfrutan algunos cargos políticos o jurisdiccionales". En (Rivera, 2018:11).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Siguiendo con la fundamentación, consideran que supondría una interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, "convirtiendo así la inmunidad en un privilegio o derecho particular de determinadas personas cuyo ejercicio no solo no preservaría la composición y funcionamiento de las Cortes sino que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los Tribunales"[12].

En definitiva, consideran los Magistrados del TS que en ese supuesto no resulta preciso autorizar el suplicatorio al Congreso de los Diputados.

Por último, la defensa insistió en la necesidad de motivar la inexistencia de otras medidas cautelares alternativas a la prisión, citando los criterios establecidos en la STEDH Demirtas c. Turquía, junto a una interpretación de la no perturbación al representante político, extraída del art.23 CE y del art.3 del Protocolo nº1. Recordando que la medida solicitada, aseguraba la presencia del procesado durante el desarrollo del juicio oral. En línea al mantenimiento de la medida proporcionada: "Los presupuestos para el mantenimiento de la medida privativa de libertad-analizados con detalle en la resolución citada, como en otras anteriores de esta Sala- continúan concurriendo y lo hacen..."[13].

V. UN ANÁLISIS DE LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DEL CARGO POR PARTE DE LA MESA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

El Auto analizado, en el apartado anterior, fue comunicado a la Presidencia de la Cámara con fecha 17 de mayo de 2019, con el traslado siguiente: que no ha lugar a solicitar la autorización a las Cámaras legislativas mediante la remisión de suplicatorio; no ha lugar a dejar sin efecto la prisión provisional respectos de los acusados; la autorización de la salida del centro penitenciario para que asistan, debidamente custodiados, a las sesiones constitutivas del Congreso de los Diputados y Senado, el día 21 de mayo de 2019.

Tras la obtención, a posteriori, de un permiso extraordinario, los acusados, entre ellos, el Sr. Junqueras, presentaron en la Secretaría General de la Cámara sus respectivas credenciales expedidas por el órgano electoral y cumplimentaron las declaraciones de actividades. Asimismo, prestaron acatamiento a la Constitución en la sesión constitutiva, el día de 21 de mayo. De este modo, cumplieron todos los requisitos establecidos en el art.20 del Reglamento del Congreso, y, con ello, adquirieron la condición plena de diputado. Estas circunstancias fueron trasladas al Presidente de la Sala Segunda del TS, solicitando un informe sobre la posible aplicación del art.384 bis LECRim para aplicar una suspensión en los derechos y deberes parlamentarios de los acusados.

La Mesa de la Cámara, en reunión con fecha 23 de mayo, debatió el escrito del Presidente de la Sala Segunda del TS. En el mismo escrito, curiosamente se respondió que existía inviabilidad de elaborar un informe, manifestando la necesidad de limitarse a reiterar lo ya razonado por el Auto TS, de 14 de mayo de 2019. Después, la Mesa de la Cámara se encomendó acordar el informe a la Secretaría General, para tomar una decisión.

12. Ibídem., FJ. 2º.

13. Ibídem., FJ. 4º.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En ese informe, en tenor a la posible aplicabilidad del art.21.1.2º del Reglamento[14], deduce tres requisitos para producir la suspensión de los derechos del parlamentario: concesión de un suplicatorio; un auto de procesamiento firme; y, prisión preventiva. Si recapitulamos, el Tribunal Supremo había descartado dicha procedencia de cursar un suplicatorio, al considerar que sería preciso para un momento procesal anterior. Cuestión distinta, como apunta el Informe de la Secretaría General, es que la Mesa a quien le corresponde la aplicación del artículo aludido, pueda ignorar la obligada interpretación restrictiva, al tratarse de una norma limitativa de derechos fundamentales. Por todo lo expresado, consideraron que no sería aplicable la suspensión prevista en este artículo, al no concurrir la totalidad de los elementos requeridos. Reiteramos, en cambio, con esa *lucha entre poderes*, el Tribunal Supremo consideraba que la solicitud de autorización al Congreso mediante la remisión de suplicatorio, no correspondería al adquirir firmeza el auto de procesamiento.

Por otro lado, respecto a la aplicabilidad del 384 bis LECRim[15], que dispone la necesidad y concurrencia de la firmeza auto de procesamiento; además de, la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. Ciertamente se presentaban todos los condicionantes del 384 bis, pero se omitió la remisión de una comunicación que estipula el art.751 LECRim[16]. Puesto que se consideró que la comunicación, con una interpretación llamativa, estaba implícita al remitir testimonio de la resolución por conducto del Excmo. Presidente del TS a la Excma. Presidenta del CD.

El resultado, pese haber adquirido la condición de Diputado, tras el cumplimiento de los trámites legales, fue declarar automáticamente la suspensión en el ejercicio al cargo de Diputado[17], por acuerdo de la Mesa del CD de fecha 24 de mayo de 2019.

VI. UN ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO, TRAS EL AUTO, DE 1 DE JULIO DE 2019

Ya en visión europea, con el Auto de la Sala Segunda, de lo Penal, de 1 de julio de 2019, se planteaba una cuestión prejudicial al TJUE. Con el fin de elevar al TJUE una interpretación –del art.9 del Protocolo nº7– sobre el momento temporal en relación con la inmunidad parlamentaria de los miembros del Parlamento Europeo. Tuvo origen en la solicitud del Sr. Oriol Junqueras, al pretender la concesión de un permiso extraordinario para trasladarse fuera del centro penitenciario, y, así, cumplir las formalidades para tomar posesión como europarlamentario. Este auxilio interpretativo, procedía del recurso de súplica a la decisión denegatoria emitida mediante el Auto del TS, de 14 de junio de 2019, de la no concesión de este permiso para asistir a la Junta

14. *"Art. 21.1. El Diputado quedará suspendido en sus derechos y deberes parlamentarios: 2º. Cuando, concedida por la Cámara la autorización objeto de un suplicatorio y firme el Auto de procesamiento, se hallare en situación de prisión preventiva y mientras dure ésta"* en Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982.

15. *"Artículo 384 bis. Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión"* en Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 260, de 17/09/1882).

16. *"Artículo 751…Se pondrá también en conocimiento del Cuerpo Colegislador respectivo la causa que existiere pendiente contra el que, estando procesado, hubiese sido elegido Senador o Diputado a Cortes"* en Ibídem.

17. Para un mayor estudio vid. (Del Pino, 2006, pp. 227-284).
Asimismo, se considera que un diputado suspendido no podrá ser sujeto pasivo del delito del 498 CP, en (Álvarez, 2016: 435).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Electoral Central al acto de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución. En el mismo recurso, se alegan las prerrogativas y privilegios establecidos en el art.9 del Protocolo 7 sobre privilegios e inmunidades de la Unión Europea. Por tanto, la cuestión a dirimir como cuestión prejudicial, era la concesión o denegación de un permiso penitenciario al Sr. Junqueras, en situación de prisión provisional, por posible riesgo de fuga, y acusado por delitos graves.

Yendo más allá, se plantea la cuestión prejudicial para conocer el alcance temporal de la inmunidad parlamentaria de un candidato electo, en aras a que pueda resultar proclamado como eurodiputado. A modo de paréntesis, en mayor o menor medida, todos tuvimos conocimiento de los hechos producidos en Cataluña, pero el objeto no era el enjuiciamiento de esos hechos, sino la situación de privación de libertad de un candidato electo.

Así, el proclamado electo, no cumplía –formalmente– con los requisitos establecidos por la legislación electoral interna para adquirir la condición de parlamentario.

La cuestión prejudicial requería una interpretación del art.9 del Protocolo núm.7 sobre la inmunidad para levantar o no la situación de prisión provisional, y con ello, cumplir con el derecho de participación política. En esta cuestión, el Tribunal Supremo sugiere que el desplazamiento "más allá de la frontera exterior española, pondría en un irreversible peligro los fines del proceso"[18]. A pesar de ser una cuestión, los Magistrados del Tribunal Supremo, aparenta adoptar una postura. Concretamente, que la "limitación temporal del derecho de participación del..., condicionada, claro es, al pronto desenlace de la causa especial núm.20907/2017, sea entendida como una limitación necesaria para preservar otro fin constitucionalmente legítimo y propio en una sociedad democrática. El aseguramiento de los fines del proceso penal"[19].

El auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, que tuvo como Ponente al Sr. Manuel Marchena Gómez, a través de una descripción serena, acomete no valorar las conductas de los acusados ni los acontecimientos jurídicos. Sin embargo, hace un paréntesis en el camino, al dudar de las euroórdenes. En los términos siguientes: ¿Cómo vamos a autorizar una salida, cuando existe riesgo de fuga, y, además, sabemos que los instrumentos de cooperación judicial penal no están funcionando correctamente?

En cierta manera, la cuestión parece racional, dado que el Protocolo de privilegios e inmunidad presenta dudas razonables sobre el momento temporal en el que surte efecto la inmunidad. Además, una incertidumbre de considerar o no a la inmunidad como absoluta; o por lo contrario, si cabe ponderarla con otros intereses en juego, como es el caso de la persecución de delitos graves.

Al igual que sucede con la inmunidad en nuestro ámbito nacional, constituye una garantía de independencia de los parlamentos. De modo equivalente, el goce requiere la adquisición de condición de parlamentario. Respecto al orden institucional de la UE, la adquisición, en virtud del artículo 9 del Protocolo nº7, conectado con el Acta relativa a la elección de los diputados –aneja a la Decisión 76/787/CECA, del Consejo, de 20 de septiembre de 1976, actualizada en 2002–, el proceso se rige por una remisión a las disposiciones nacionales de los Estados miembros.

Por otra parte, las cuestiones que se plantearon al TJUE fueron las que siguen:

18. Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 1 de julio de 2019, FJ. 2º.

19. Ibídem., FJ. 2º.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

a) Tras denegarse un permiso extraordinario ¿Si rige el art.9 del Protocolo, con anterioridad al inicio del periodo de sesiones para un acusado de delitos graves en situación de prisión provisional?

b) En caso afirmativo a lo previo[20], ¿prosigue una interpretación extensiva del término "período de sesiones", a pesar de una toma de posesión a posteriori?

c) Aún, resultando afirmativo[21], ¿incumbe atender a un criterio de ponderación del caso concreto, por un lado, entre los derechos e intereses derivados de la tutela judicial y debido proceso, por otro lado, los respectivos a la institución de la inmunidad?

En resumen, la cuestión prejudicial trataba de dirimir un pronunciamiento expreso sobre tres cuestiones de la inmunidad: el alcance temporal, el ámbito subjetivo referido a los electos, y, el ámbito objetivo, a la hora de conocer la extensión de la expresión "cuando se dirijan" del art.9. Además, se estimaba conveniente el contexto del proceso, para el potencial juicio de ponderación, en consideración del Tribunal Supremo.

En aras a la imposibilidad de algún requisito formal exigido por la legislación de un Estado miembro, el debate doctrinal adquiere sentido. En parte, a que el art.9 del Protocolo núm.7, no parece resolver el alcance de la eficacia de las prerrogativas. Dado que la expresión *"cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste"* no determina de modo clarividente, el momento de la consolidación de las prerrogativas.

La STEDH Selahattin Demirtas c. Turquía, fue aludida constantemente en los recursos presentados por las defensas en la causa especial del *procés*. En la defensa del Sr. Junqueras, mediante la interposición del recurso de amparo, al considerar que el Auto del Juez instructor que decretó la prisión provisional, había vulnerado sus derechos fundamentales. En atención al contenido de la STEDH citada, en correlación a posibles vulneraciones expuestas por las defensas de los políticos catalanes, se considera que la prolongación de la prisión provisional (Carbonell, 2017) podría haber afectado el derecho al ejercicio del cargo representativo (García Vitoria, 2019). Aunque sopesamos que no son idénticas situaciones. Los razonamientos en las resoluciones judiciales, se basaron en la necesidad de evitar la reiteración delictiva y la fuga por parte de los presuntos responsables penales (recordando la rebeldía del expresidente, el Sr. Puigdemont y varios ex consejeros).

VII. UN ANÁLISIS DE LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL EN EL ASUNTO C-502/19, DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2019

Como hemos avanzado, a consecuencia del recurso de súplica contra la decisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al no autorizar al Sr. Junqueras, acudir a la Junta Electoral Central para cumplir con los requisitos legales, condujo a la cuestión prejudicial ante el TJUE. Principalmente, la petición refiere, a cómo hay que

20. "Pero si la respuesta fuera positiva y reconociera ese efecto expansivo desde el momento mismo de la proclamación como electo, a la vista de la distribución de atribuciones que en el proceso electoral establece el Acta relativa a la Elección de los Diputados del Parlamento Europeo...se cuestiona si, pese a ello, persistiría la interpretación extensiva de la expresión 'período de sesiones', pese a la ruptura transitoria de su expectativa para el electo de tomar posesión de su escaño". En Szpunar, Conclusiones del Asunto C-502/19, de 12 de noviembre de 2019, FD.5º.

21. "si la interpretación fuere extensiva superadora también de los impedimentos judicialmente acordados, debería establecerse si la eficacia del artículo 9 del Protocolo nº7, opera de modo absoluto, con un cierto automatismo o debería ponderarse, en cada caso concreto, los derechos e intereses asociados a los fines del proceso, por una parte, y los atinentes a la institución de la inmunidad por otra". En Ibídem., FD.5º:

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

interpretar el artículo 9 del Protocolo núm.7. En orden a esta interpretación o validez de las normas europeas sobre la inmunidad, al tener series dudas el TS, pidió una clarificación al Tribunal de Justicia europeo. El abogado general del TJUE, el Sr. Maciej Szpunar concluyó, sin ser vinculante, el blindaje al Sr. Junqueras derivado de su inmunidad desde el momento de su elección. En una ponderación de intereses, consideró que una persona oficialmente proclamada electa, adquiere, por ese mero hecho y desde ese momento, la condición de miembro del Parlamento Europeo, independientemente de cualquier formalidad ulterior.

La opinión del abogado general aboga por aunarse con la posición jurídica de la defensa del Sr. Junqueras. Estimando que debería ser europarlamentario. Por ende, la inmunidad se gozaría, desde que la persona ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento europeo por la autoridad competente del Estado miembro en el que fue elegido. Sin la necesidad de estar supeditada una prerrogativa al ulterior cumplimiento de formalidad alguna; según nuestro ordenamiento jurídico nacional, el acatamiento de la Constitución y la recogida del acta.

VIII. UN ANÁLISIS DE LA SENTENCIA, GRAN SALA, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019

El desenlace de esta petición de cuestión prejudicial, referida a la interpretación del art.9 del Protocolo núm.7 sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, se produjo con la Sentencia del TJUE, de 19 de diciembre de 2019 (Ponente Jiri Malenovský). Reiteramos que se enjuicia la inmunidad de un europarlamentario que se encontraba en situación de prisión provisional encausado en un proceso penal por delitos graves. La inmunidad implicaba el levantamiento de dicha medida de prisión provisional, para desplazarse al Parlamento europeo y cumplir las formalidades requeridas para ser eurodiputado.

Si recapitulamos los hechos, en fase de instrucción, se acordó la situación de prisión provisional del exVicepresidente Junqueras, mediante Auto con fecha 2 de noviembre de 2017. Si bien optó a presentarse como candidato y fue proclamado electo como diputado nacional, con posterioridad a la apertura de juicio oral. Sin embargo, mediante el Auto, de 14 de mayo de 2019, se llegó a la conclusión de la no necesidad de remitir el suplicatorio al Congreso de los Diputados. Al considerarse, basándose en jurisprudencia antecedente, que la inmunidad derivada del art.71.2 CE se reconoce a los parlamentarios respecto de los procesos penales en los que aún no haya apertura de juicio oral en fecha de adquirir la condición de electos. Pese lo dicho, se le concedió un permiso extraordinario de salida del centro penitenciario, para que el candidato asistiera a la sesión constitutiva del Congreso. De ese modo, cumpliera con los requisitos indispensables del art.20 Reglamento del Congreso. Todo, con el claro fin de tomar posesión de su escaño. A continuación, fue suspendido en el ejercicio del cargo por acuerdo de la Mesa del Congreso, en fecha 24 de mayo de 2019, tras la aplicación del art.384 bis de la LECrim. Y, llegamos al punto álgido, donde el Sr. Junqueras resultó proclamado electo en las elecciones al Parlamento Europeo, celebradas el día 26 de mayo de 2019.

En relación a lo anterior, el TJUE con carácter preliminar constataba que el Tribunal Supremo, una vez fue oficialmente proclamado electo, había denegado al Sr. Junqueras Vies, el permiso extraordinario de salida del centro penitenciario para cumplir con el requisito exigido en el derecho nacional español para la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo. Y así, se hubiese desplazado a la primera sesión de legislatura.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Al respecto, sobre las cuestiones prejudiciales, consideran los Jueces del TJUE que el art.9 del Protocolo "no define el concepto de <miembro del Parlamento Europeo>" y "ha de entenderse a la luz de su contexto y de sus objetivos"[22].

Respecto al contexto, en virtud del art.10 TFUE, aluden al funcionamiento basado en el principio de democracia representativa. En línea a ello, el art. 14.3 TUE, prevé que los miembros del parlamento europeo son elegidos por sufragio universal directo, libre y secreto, por un mandato de cinco años. Según estas disposiciones, el TJUE considera que la condición de miembro al ser elegido, trasciende al mandato de los miembros de esta institución, siendo "el principal atributo de esta condición"[23].

En otro punto, atendiendo a lo dispuesto en el art.12 del Acta electoral, de 20 de septiembre de 1976, explican que en el Parlamento Europeo se verifican las credenciales de los eurodiputados y "tomará nota de los resultados oficialmente proclamados por los Estados miembros". Por ende, se desprende, que "en el estado actual del Derecho de la Unión, los Estados miembros siguen siendo competentes, en principio, para regular el procedimiento electoral y para proceder, al término de este procedimiento, a la proclamación oficial de los resultados electorales"[24]. Otro aspecto a señalar, refiere a la no disposición de competencia *general* por parte del Parlamento Europeo "que le permita cuestionar la conformidad a Derecho de la proclamación de estos resultados o controlar su adecuación al Derecho de la Unión"[25].

Otro aspecto que aparece en la argumentación del TJUE, es como debe interpretarse el término <tomar nota>. Con en el sentido siguiente: "la adquisición de la condición de miembro del Parlamento Europeo, a efectos del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión, se produce por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros"[26]. En este sentido, en el artículo 5 del Acta electoral se definen los límites temporales del mandato, en concreto, con "el período quinquenal que se inicia con la apertura del primer período de sesiones después de cada elección"[27]. En suma, se inicia y expira al mismo tiempo que ese período. Además, en esa primera sesión, se verifican las credenciales de sus diputados y se deciden las eventuales controversias que puedan suscitarse. En definitiva, el mandato parlamentario establecerá el vínculo entre persona y legislatura. Así, la legislatura se constituye en la primera sesión del nuevo Parlamento Europeo, tras la celebración de elecciones y la proclamación oficial de los resultados electorales por los Estados miembros.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la inmunidad, se establece en el art.343 del TFUE, las condiciones para el cumplimiento de su misión. Por tanto, pese a la remisión a los Estados miembros –por sus legislaciones nacionales– de los privilegios e inmunidades, tienen la condición de respetar la misión del Parlamento europeo. En suma, se reconocen a los miembros del Parlamento europeo, "a quienes han adquirido esta condición como consecuencia de la proclamación oficial de los resultados electorales por los Estados miembros"[28]. Asimismo, en el artículo 9, párrafo primero,

22. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 19 de diciembre de 2019, punto 62.

23. Ibídem., punto 65.

24. Ibídem., punto 69.

25. Ibídem., punto 69.

26. Ibídem., punto 71.

27. Ibídem., punto 72.

28. Ibídem., punto 77.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

se determina un alcance temporal diferente al párrafo segundo. Nos referimos a que el primero menciona en períodos de sesión, aunque el segundo, manifiesta que gozan igualmente de inmunidad los miembros del Parlamento europeo, cuando se dirijan al lugar de reunión o regresen de este, y, por tanto, se dirijan a la primera sesión. En consecuencia, "debe considerarse que una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo ha adquirido, por este hecho y desde ese momento, la condición de miembro de dicha institución a efectos del artículo 9 del Protocolo"[29].

Por consiguiente, la interpretación nos permite considerar, que una persona que ha sido oficialmente proclamada electa al Parlamento Europeo[30], incluso en situación de prisión provisional por delitos graves, goza de inmunidad, y debe ser autorizada a cumplir los requisitos previstos. Con el consiguiente levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta. En este punto, Mangas Martín (2019) considera: "El Tribunal europeo responde, en coherencia, con sus dos respuestas previas, que, en principio y con carácter general para situaciones similares, se debió levantar la prisión provisional para que puedan cumplir los trámites internos y viajar a la sesión constitutiva del Parlamento europeo". Igualmente, Presno Linera (2019) expresa que si "el señor Junqueras era, pues, europarlamentario el TS tendría que haber permitido que formalizara esa condición y, por tanto, no podría haber denegado, como sí hizo mediante auto de 14 de junio, la solicitud de un permiso extraordinario de salida del centro penitenciario para comparecer, bajo vigilancia policial, ante la Junta Electoral Central con el fin de prestar la promesa o el juramento de acatar la Constitución española que exige el artículo 224, apartado 2, de la Ley electoral".

IX. ACUERDO 3/2020 DE LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL

Tras los escritos del Partido Popular, Ciudadanos y Vox solicitando que la Junta Electoral Central declare la causa de inelegibilidad sobrevenida del Sr. Oriol Junqueras, como consecuencia de la condena de privación de libertad y en aplicación del artículo 6.2.a) LOREG[31], la Junta Electoral Central acuerda, en el segundo punto: "a) Declarar que concurre en don Oriol Junqueras i Vies la causa de inelegibilidad sobrevenida del art. 6.2 a) de la LOREG en razón a haber sido condenado por Sentencia número 459/2019, de 14 de octubre (causa especial nº 3/20907/2017), de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (...) b) Declarar la pérdida de la condición de Diputado del Parlamento Europeo de don Oriol Junqueras i Vies, con anulación de su mandato, todo ello con efectos desde la fecha de este Acuerdo. c) Proceder a cubrir la vacante como Diputado del Parlamento Europeo (...)".

Si bien, contó con varios votos particulares en contra, al considerar que se debería conocer el sentido final del Tribunal Supremo antes de este acuerdo. La causa de inelegibilidad, la sitúan como nueva, dada que "la situación del Sr. Junqueras ha dejado de ser la de prisión provisional, que era la que tenía cuando resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para pasar a ser la de condenado por sentencia firme a pena privativa de libertad que está siendo cumplida actualmente como es público y notorio". Consideran que la causa de inelegibilidad sobrevenida concurre por haber

29. Ibídem., punto 81.

30. "El TJUE estima, con razón, que gozan de inmunidad <<también cuando se dirijan a la primera reunión celebrada tras la proclamación oficial de los resultados electorales>>. En consecuencia, los miembros del Parlamento Europeo gozan de la inmunidad antes de que comience su mandato, en concreto, desde que fueron proclamados oficialmente por la Junta Electoral Central (13 de junio de 2019)".En (Mangas Martin, 2019).

31. *"2. Son inelegibles: a) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena".* En Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, BOE núm. 147, de 20/06/1985.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

sido condenado a la pena privativa de libertad de trece años de prisión, lo que determinaría su cese como diputado electo. Indicado, también en el acta de 20 de septiembre de 1976, en su art.12 (anterior 13)[32], que estipula que un escaño queda vacante cuando se anule su mandato, según la legislación de un Estado miembro que establezca dicha anulación. Lo que implica *ope legis* la pérdida del mandato como europarlamentario, por incurrir anulación, al producirse una causa de ineligibilidad sobrevenida que opera como un supuesto de incompatibilidad. Como el Tribunal Constitución ha reconocido en varios pronunciamientos, no invalida la elección sino que sería un impedimento para asumir el cargo electivo o de cese cuando hubiera accedido al escaño. Transformándose en causa de incompatibilidad.

Para ir concluyendo, en el Auto del TS, 2/2020, de 09 de enero de 2020, acogiendo la tesis de la Junta Electoral, se dispuso no autorizar el desplazamiento a la sede del Parlamento Europeo, ni acordar su libertad, ni declarar la nulidad de la sentencia de 14 de octubre de 2019 dictada por la misma Sala. En definitiva, no tramitar el suplicatorio ante el Parlamento Europeo. Ciertamente, como expuso Lascuraín, "la inmunidad lo es frente a la detención y no frente a la pena. Responde a una determinada ponderación entre la defensa de la composición del Parlamento y los fines procesales que persigue la detención, que no deja de ser una decisión provisional, no siempre judicial, generosamente discrecional y adoptada con información fragmentaria. La cosa cambia con la pena, que es nada menos que nuestra manera de prevenir de delitos" (Lascuraín, 2019). Pues qué duda cabe, que la pena es fruto de una ley que nace del parlamento para que se procese al acusado con todas las garantías, por tanto, frente a la pena, poco hay que decir. Pues el mismo texto constitucional renuncia la prerrogativa en caso de flagrante delito. Entonces, más aún, con una sentencia firme tras un proceso penal.

X. CONCLUSIONES PROVISIONALES

En el texto hemos apostado por la tesis, que la inmunidad como prerrogativa institucional del Parlamento al servicio de la protección a la independencia de las Cámaras, se adquiere, al igual que el mandato parlamentario, o lo que es lo mismo, desde el momento de proclamación como electo. Ahora bien, hay dudas razonables si transcurridas las tres sesiones plenarias no se produce la adquisición definitiva por parte del parlamentario, y quedan suspendidas las prerrogativas. También, siguiendo con los aspectos del ámbito temporal, al no conferirse como un derecho subjetivo, debe ser interpretado restrictivamente. Pues claramente, aunque el suplicatorio sea considerado como un acto político, incluso controlable y reglado, tiene cierta nota de *justicia*.

Asimismo, el derecho al ejercicio del cargo público representativo no tiene un carácter absoluto, con ello, una privación preventiva de libertad no supone rotundamente un menoscabo al derecho fundamental. Más, si los hechos imputables son graves y se han respetado las precauciones o condiciones legales o constitucionales de la prisión provisional. Esta ha sido la doctrina del Tribunal Supremo, ya que no reconocía la inmunidad a un parlamentario que antes de ser diputado estaba incurso en la fase final de la vista oral y en prisión provisional.

32. "*(anterior 13) Art.12.3.Cuando la legislación de un Estado miembro establezca expresamente la anulación del mandato de un Diputado al Parlamento Europeo, su mandato expirará en aplicación de las disposiciones de esa legislación. Las autoridades nacionales competentes informarán de ello al Parlamento Europeo*". En Decisión del Consejo por la que se modifica el acto relativo a la elección de los diputados al parlamento europeo por sufragio universal directo, anejo a la Decisión 76/787/CECA, CEE, EURATOM del Consejo, de 20 de septiembre de 1976, hecho en Bruselas el 21 de mayo de 2002, BOE núm. 105, de 30 de abril de 2004.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

La inmunidad como hemos analizado, trata de ser instrumental, resultando ser una condición de procedibilidad para evitar alterar el funcionamiento o composición de las Cámaras. La naturaleza de la inmunidad se manifiesta como causa de exclusión de responsabilidad penal, en un especial requisito de procedibilidad por parte de la propia Cámara ante la acusación de un parlamentario.

A pesar de la inadecuada práctica parlamentaria cuando se asegura la impunidad, lo que nos ha llevado a cuestionar esta figura, consideramos necesaria una aplicación restringida, al no ser un derecho particular. En línea a lo expresado por Fernández-Miranda Campoamor (2011:153): “Cualquier denegación motivada por otra causa debería ser reputada mero privilegio personal exorbitante a la naturaleza y finalidad de la prerrogativa”. Los constituyentes con su institucionalización, otorgaron un margen de apreciación a las Cámaras para evitar acciones penales injustificadas, pero eso, necesariamente queda vinculado a una función de impartir justicia, que no le correspondería. Trasladado al momento de autorizar o denegar un suplicatorio, son los fines instrumentales, es decir, la finalidad que la institución persigue, lo que únicamente debe entrar en conflicto con otros derechos fundamentales. Nos referimos al derecho a la jurisdicción y el derecho a la igualdad. En atención al conjunto de funciones parlamentarias, concederlo sin ser acorde con la finalidad, vacía a la inmunidad.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (2016): "Los ataques a la libertad de los parlamentarios (artículos 498 CP)". En: Nuevos horizontes del Derecho procesal, Bosch.
- BARONA VILAR, Silvia (2017): Lección vigésimo cuarta. En: VVAA. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 25º edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (2017): "¿Presos políticos? Autos políticos". En: Alrevésyalderecho- Infolibre, 5 de diciembre.
- DEL PINO CARAZO, Ana (2006): "La suspensión de los derechos de los parlamentarios". En: Corts: Anuario de derecho parlamentario, nº17.
- FÉRNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso (2011): Cortes Generales. En: ARAGÓN REYES, Manuel (DIR.) Y AGUADO RENEDO, César (CORD.). Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo II. Cizur Menor-Navarra: Thomson Reuters.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido (1990): La inviolabilidad e inmunidad de los diputados y senadores. La crisis de los privilegios parlamentarios. Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido (2000): El juez natural de los parlamentarios. Madrid: Civitas.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (1989): "Derechos fundamentales y abuso de inmunidad". En: Diario La Ley, 1989, pág.991, tomo 1.
- GARCÍA, Eloy (1989): Inmunidad parlamentaria y estado de partidos. Madrid: Tecnos, Madrid.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín (2018): La estructura de las Cortes Generales. En: VVAA., Derecho Constitucional. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA VITORIA, Ignacio (2019): "Demirtas y los presos del procés". En: Agenda Pública-El País, 14 de febrero.
- GIMENO SENDRA, Vicente (2015): Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid: Ediciones jurídicas Castillo de Luna.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (2017): Lección decimotercera. En: VVAA. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 25º edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LASCURAÍN, Juan Antonio (2019): https://almacendederecho.org/inmunidad-no-inviolabilidad
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando (1996): "A vueltas con un problema de inmunidad parlamentaria: qué hacer con el parlamentario electo en prisión provisional (el caso Muguruza revisited)". En: Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario nº8, Asamblea Regional de Murcia.
- LUCAS-MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (1990): "Sobre las inmunidades parlamentarias". En: Revista de Estudios Políticos nº69, julio-septiembre.
- MANGAS MARTÍN, Araceli (19 diciembre 2019): https://aracelimangasmartin.com/tribunal-de-justicia-inmunidad-junqueras-danos-colaterales-puigdemont
- MARTÍN DE LLANO, María Isabel (2010): Aspectos constitucionales y procesales de la inmunidad parlamentaria en el ordenamiento español. Madrid: Dykinson.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1997): Inmunidad parlamentaria y separación de poderes. En VVAA., Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional. Madrid: CEPC.
- PUNSET, Ramon (1983): Las Cortes Generales. Madrid: Centro Estudios Constitucionales.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. (2019): "¿Inmunidad Europarlamentaria?". En: Agenda Pública-El País, 15 de marzo.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2019): https://presnolinera.wordpress.com/2019/12/20/algunas-vueltas-mas-a-la-inmunidad-parlamentaria-de-oriol-junqueras-y-otros/
- RIVERA RODRÍGUEZ, Pablo (2018): "El aforamiento en el ordenamiento procesal español". En: Revista Jurídica de Castilla y León, nº44, enero.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (2018): "El Reglamento parlamentario: una experiencia de cuarenta años". En: Revista de las Cortes Generales nº103.
- SZPUNAR, Maciej, Conclusiones del Abogado General, Asunto C-502/19, de 12 de noviembre de 2019.
- VVAA. (1993): Inmunidad parlamentaria y jurisprudencia constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Auto de procesamiento Sala Segunda del Tribunal Supremo, causa especial /20907/2017, de 23 de marzo de 2018.
- Resolución de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, causa especial /20907/2017, de 9 de julio de 2018.
- Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, causa especial /20907/2017, de 14 de mayo de 2019.
- Informe de la Secretaría General para la suspensión del ejercicio del cargo, de 24 de mayo de 2019.
- Cuestión prejudicial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, causa especial 20907/2019, de 1 de julio de 2019.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 131/2018, de 12 de diciembre de 2018.
- Auto del Tribunal Constitucional, 16/2019, de 12 de marzo de 2019.
- Auto del Tribunal Constitucional, 17/2019, de 12 de marzo de 2019.
- Sentencia, Gran Sala, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de diciembre de 2019.
- Auto del Tribunal Supremo, 2/2020, de 09 de enero de 2020. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

PARALIZACIÓN LEGISLATIVA Y GOBIERNO POR DECRETO-LEY[1]

LEGISLATIVE STALEMATE AND GOVERNMENT BY DECREE-LAW

por Piedad García-Escudero Márquez
Catedrática Derecho Constitucional,
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar este artículo / Citation:
García-Escudero Márquez, Piedad (2021):
Paralización legislativa y gobierno por decreto-ley, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0104

1. Un resumen de este trabajo fue expuesto el 21 de abril de 2021 en las XII Jornadas de Derecho Parlamentario, organizadas por la Fundación Manuel Giménez Abad, el Instituto de Derecho Parlamentario UCM y el Departamento de Derecho Político y el Centro de Estudios de Partidos Políticos de la UNED, tomando como base y actualizando otros, más detallados y documentados: "Actividad legislativa del Parlamento con un Gobierno en funciones", en Aranda Álvarez, E., (coord.), *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.237 y ss.; "Un nuevo Parlamento fragmentado para los 40 años de la Constitución", *Revista de Derecho Político,* núm. 101, 2018, pp.67-98; "Balance de la moción de censura constructiva en un Parlamento fragmentado", *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 44, 1019, pp.101-136; y "Parlamento y Gobierno en tiempos de multipartidismo", *Corts. Anuario de Derecho parlamentario,* núm. 33, 2020, págs. 83-209.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

En este texto se analizan datos de tres periodos legislativos distintos de los últimos años, en los que la fragmentación del Congreso ha incidido profundamente en la actividad legislativa de las Cortes Generales. Se subraya la drástica reducción de la actividad legislativa de las Cortes sobre todo en comparación con el simultáneo crecimiento del número de decretos-leyes. Los resultados del estudio deben hacernos reflexionar sobre la preservación del papel del Parlamento y de sus funciones esenciales en el nuevo escenario de partidos.

Palabras claves: Cortes Generales, actividad legislativa, decretos-leyes, fragmentación parlamentaria

ABSTRACT

This text analyses data from three different legislative terms in the Spanish Cortes Generales, in which the fragmentation of Congress had an important impact on the legislative activity of the Cortes Generales. The reduction of the legislative activity of the Cortes is highlighted, especially in comparison with the simultaneous growth in the number of decree-laws. The results of the analysis should make us reflect on the role of the Parliament and its essential functions in the new scenario of the party system in Spain.

Keywords: Cortes Generales, legislative activity, decree-laws, political fragmentation,

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN

En el último quinquenio anterior a la profunda crisis generada por la pandemia de covid-19 se han producido cambios en la función legislativa que nos han hecho formularnos varias preguntas, entre ellas: ¿se puede legislar sin Gobierno? Pero también ¿se puede gobernar sin legislar?

El nuevo multipartidismo a partir de las elecciones de 2015 da lugar a una fragmentación parlamentaria (en el Congreso, el Senado es otro costal, pues sigue produciéndose la acentuación del movimiento pendular), cuyos efectos más evidentes y trascendentes giran en torno a la relación de confianza del Congreso con el Presidente del Gobierno, en la que se producen situaciones inéditas y la aplicación por primera vez de preceptos constitucionales:

1) Largos periodos de *Gobierno en funciones*

- 314 días entre las elecciones celebradas el 20 de diciembre de 2015 (XI legislatura) y la investidura de Mariano Rajoy ya en la XII legislatura, el 29 de octubre de 2016, al borde de la expiración del plazo de dos meses desde la primera votación que habría supuesto unas terceras elecciones en un año[2].

- un segundo período de 254 días que se abre con las elecciones celebradas el 28 de abril de 2019 (XIII legislatura), hasta la investidura de Pedro Sánchez el 7 de enero de 2020 tras las elecciones de 10 de noviembre, ya en la XIV legislatura y previa una segunda disolución en aplicación del artículo 99.5 CE.

2) Tres *investiduras fallidas* también por primera vez: las de Pedro Sánchez el 4 de marzo de 2016 (XI legislatura); ya en la siguiente legislatura, Mariano Rajoy, 2 de septiembre del mismo año; y, en la XIII, de nuevo Pedro Sánchez el 27 de julio de 2019.

3) *Dos disoluciones por aplicación del artículo 99.5* de la Constitución: el 3 de mayo de 2015, que pone fin a la breve XI legislatura, y el 24 de septiembre de 2019, con la que concluye la asimismo breve XIII legislatura.

4) La aprobación, también por primera vez en la historia constitucional, de una *moción de censura constructiva* conforme a lo previsto en el artículo 113 de la Constitución (el 1 de junio de 2018, contra Mariano Rajoy), resultando investido el candidato propuesto en la moción, Pedro Sánchez[3].

El éxito de la moción de censura constructiva no supuso esta vez, como cabría pensar en un sistema cuasibipartidista, que una parte cohesionada de la Cámara se impone a otra, asimismo homogénea o cohesionada. En este caso, al Gobierno de minoría del Partido Popular, cuyo Grupo contaba con 134 diputados, se opuso una constelación de partidos de distinto signo, capaz de construir un Presidente, pero cuya unión inestable se constataría en los meses siguientes, hasta llegar a la disolución apenas

2. El desarrollo de la XI y los inicios de la XII legislatura hasta llegar a la investidura pueden verse en P. García-Escudero Márquez, P., "Actividad legislativa del Parlamento con un Gobierno en funciones", cit., así como en Giménez Sánchez, I., "La actividad desarrollada por las Cortes en la situación de legislatura fallida y de Gobierno en funciones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, pp.215 y ss.

3. Hasta entonces, se habían presentado sólo tres mociones de censura en cuarenta años, contra Adolfo Suárez en 1980, Felipe González en 1987 y Mariano Rajoy en 2017, las tres fracasadas, la última presentada por 36 diputados del Grupo UP-ECP-EM el 19 de mayo de 2017, con Pablo Iglesias Turrión como candidato a la Presidencia del Gobierno). Otra más fallida (rechazada el 29 de octubre de 2020) fue presentada el 29 de septiembre de 2020 por 52 diputados del Grupo Vox contra Pedro Sánchez, con Santiago Abascal Conde como candidato.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

nueve meses después, tras el rechazo por el Congreso de los Presupuestos Generales del Estado para 2019.

Pero no es de estos grandes acontecimientos de los que quiero ocuparme hoy, sino de los efectos que el multipartidismo, el Gobierno llamado hiperminoritario y la consiguiente nueva relación entre Gobierno y Parlamento tiene en la función legislativa y en la coordinación entre los dos poderes en este ámbito. Distinguiremos al respecto entre lo acontecido en esos largos períodos de Gobierno en funciones y en la XII legislatura fragmentada, así como en las dos fallidas y en la XIV que se inicia con un Gobierno de coalición, que se ve a su vez afectado por una crisis sanitaria sin precedentes, con la declaración de varios estados de alarma.

Vayamos por partes.

II. LA FUNCIÓN LEGISLATIVA CON UN GOBIERNO EN FUNCIONES

1. El Gobierno en funciones

En los últimos cuatro años, decía un titular de periódico el 10 de noviembre de 2019 -día de las elecciones-, el Gobierno ha estado en funciones uno de cada tres días, más tiempo que en todo el resto de la democracia.

314 días de Rajoy como presidente en funciones desde el 21 de diciembre de 2015 al 31 de octubre de 2016, incluyendo la totalidad de la breve XI legislatura; 195 de Pedro Sánchez hasta las elecciones de 10 de noviembre de 2019 (desde el 26 de abril), también incluyendo la breve XIII legislatura que asimismo concluye con una disolución del artículo 99.5 CE, a la que se suman los días transcurridos desde las elecciones hasta el nombramiento como Presidente el 8 de enero de 2020 (59) en total 254.

Una situación de interinidad está por definición prevista o se produce para un periodo de tiempo no muy largo. De ahí que su prolongación genere disfunciones en el equilibrio de poderes.

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, regula por primera vez las funciones del Gobierno en funciones, al que alude el artículo 101.2 de la Constitución. Más que un listado de facultades -que no existe-, nos interesa destacar lo que NO puede hacer y la repercusión que un período tan largo de interinidad ha tenido en el Parlamento y en concreto en la función legislativa.

Porque no olvidemos que el Gobierno está en funciones pero el Parlamento no, a partir de su sesión constitutiva podría en principio ejercer las funciones que reconoce a las Cortes Generales el artículo 66 de la Constitución (representativa, legislativa, presupuestaria[4], de control y otras constitucionalmente atribuidas como la internacional o la de nombramiento), pero veremos cómo eso no es posible plenamente en un parlamentarismo cooperativo como el nuestro.

4. La aprobación de los presupuestos generales del Estado claramente no puede ser realizada estando un Gobierno en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones (y por tanto en una nueva legislatura virgen de proyectos), puesto que el artículo 134 CE atribuye al Gobierno la elaboración de dichos presupuestos y su remisión al Congreso de los Diputados, y el artículo 21.4 de la Ley del Gobierno prohíbe al Gobierno en funciones aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado. No obstante, en otras causas de cese del Gobierno de las previstas en el artículo 101 CE, como la dimisión o fallecimiento del Presidente, cabría plantearse si las Cámaras habrían de seguir tramitando un proyecto enviado con anterioridad.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Con anterioridad se habían planteado algunos litigios en relación con la actuación del Gobierno en funciones, que dieron lugar a las Sentencias del Tribunal Supremo 5369/2005, de 20 de septiembre (sobre acuerdo de extradición), 8303/2005, de 2 de diciembre (sobre denegación de indulto), 2602/2013, de 28 de mayo (impugnación del Real Decreto 1744/2011), todas ellas desestimatorias, entendiendo que no había habido extralimitación por parte del Gobierno en funciones[5]. A ellas se han sumado otras más recientes en el mismo sentido, como la SSTS 4743/2017 contra el Real Decreto del Plan Director de Parques Nacionales y 1655/2019, de 21 de mayo, contra RRDD sobre gestión de riego y planes hidrológicos de Andalucía.

En la función de control es donde se produjo mayor polémica, con situaciones inéditas, como plantones de Ministros a convocatoria de comisiones que al final de la XI legislatura conducen a la presentación de un conflicto entre órganos constitucionales por el Congreso de los Diputados[6] (el siguiente paso sería la ausencia del Gobierno en sesiones plenarias de control), resuelto por la STC 124/2018, que declara que también la actividad del Gobierno en funciones puede ser objeto de control parlamentario.

Centrémonos en la función legislativa. No obstante, algunos de los argumentos esgrimidos en los debates sobre el control del Gobierno en funciones sirven también para abordar la función legislativa o en general el ejercicio de las funciones del Parlamento. Guardemos en mente el muy repetido principio de división o separación de poderes; la concepción del Parlamento como representante de la soberanía popular y de esta función representativa como fundamento del sistema constitucional y de la democracia; la afirmación "la democracia no queda en suspenso porque el Gobierno esté en funciones, pues las Cámaras no lo están"; o que el Gobierno sigue manteniendo la función de dirección de la política interior y exterior

2. Límites a la función legislativa del Parlamento con un Gobierno en funciones

La premisa de la que debemos partir al referirnos a la iniciativa legislativa, acto inicial de la función legislativa de las Cortes Generales, es que la Ley del Gobierno (art. 21.5) prohíbe al Gobierno en funciones la presentación de proyectos de ley. Queda descartada pues la forma de iniciativa prioritaria y prevalente, en los términos regulados en los artículos 88 y 89 de la Constitución, que además es (era) la ordinaria y abrumadoramente más numerosa en nuestro régimen parlamentario, en el que hasta ahora y por definición Gobierno y Parlamento querían lo mismo, dada la hipostatización de Gobierno-mayoría parlamentaria (en palabras de García Pelayo) a través del partido político dominante.

Dicho de otra manera, con un Gobierno en funciones no existe lo que hasta entonces venía suponiendo el 90 por ciento de la iniciativa legislativa, de la que a su vez un 90 por ciento se convertía en leyes.

¿Significa esto que las Cortes Generales no pueden legislar mientras el Gobierno está en funciones? En puridad no. Puede legislar con ciertas cortapisas y dilaciones, que podrían llegar a impedir (ya veremos que no siempre es así, voluntad política mediante)

5. Ver también STC 97/2018, sobre la legitimación de la Vicepresidenta actuando como Presidenta de un Gobierno en funciones para interponer recursos de inconstitucionalidad.

6. La propuesta es formulada por todos los grupos parlamentarios, salvo el Grupo Popular. BOCG Congreso nº 50, 11 abril 2016, p. 78 y ss. El debate y votación se celebra el 6 de abril, con el siguiente resultado: votos a favor, 218; en contra, 113, abstenciones 4 (Diario de Sesiones Congreso nº 7, 6 abril 2016, p. 75).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

que llegue a aprobarse ninguna ley antes de la investidura o de las nuevas elecciones tras la disolución del artículo 99.5 de la Constitución.

Si el Gobierno en funciones no puede hacer uso de su iniciativa legislativa mediante la remisión de proyectos de ley al Congreso de los Diputados, la función legislativa de las Cámaras sólo podrá ser puesta en marcha mediante proposiciones de ley, esto es, iniciativas legislativas procedentes de otros sujetos titulares de esta facultad, reconocidos en el artículo 87 de la Constitución: parlamentarios o grupos (15 diputados o 25 senadores o un grupo parlamentario, según los Reglamentos del Congreso y del Senado); Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas; iniciativa popular avalada por 500.000 firmas en las materias no excluidas por la Constitución (art. 87.3).

Al principio de la nueva situación, desde el primer momento en que se percibió que la interinidad podía prolongarse, los partidos políticos-grupos parlamentarios se esforzaron por evitar la imagen de un Parlamento paralizado e inactivo. Los grupos comenzaron a presentar, inmediatamente después de la constitución de las Cámaras —en particular en la XI legislatura, que suponía un cambio relevante en su composición— iniciativas de todo tipo, sobre todo proposiciones de ley y no de ley[7]. Las Mesas del Congreso y del Senado encargaron sendos informes a su Secretaría General respectiva sobre la actividad de la Cámara o el ejercicio de sus funciones durante el periodo en que el Gobierno se encuentra en funciones.

Es significativo que el encargo se produce por la Mesa del Congreso en la primera reunión que celebra tras su elección en la sesión constitutiva del 13 de enero de 2016: el mismo día 15, en relación con la propuesta de acuerdo habitual de suspensión de los plazos establecidos en el Reglamento de la Cámara, respecto de las iniciativas que se trasladan al Gobierno, hasta que se haya producido la investidura.

La conclusión de estos informes[8], en lo que se refiere a la función legislativa, y descartada la posibilidad de tramitar proyectos de ley, es que no existen problemas a que se tramiten las proposiciones de ley de origen parlamentario (como tampoco las populares o autonómicas), que de hecho se habían admitido a trámite sin problemas antes de la investidura en otras legislaturas, si bien adoptando entonces el acuerdo de dejar en suspenso el plazo para que el Gobierno emitiera sobre ellas (art. 126 RC) el criterio a que nos referiremos a continuación. Este acuerdo de suspensión derivaba de la certeza sobre la inmediatez de la investidura, premisa ausente en el caso planteado: la falta de certeza sobre la propia investidura o sobre su inmediatez (*incerta an, incerta quando*) conducía a plantearse por primera vez no posponer dicho plazo, entendiendo que el Gobierno en funciones podría emitir su criterio como asunto de despacho ordinario que la Ley del Gobierno le permite tramitar. Se trataría no de una iniciativa política, sino de "una respuesta a la actuación de un tercero en el pleno ejercicio de sus atribuciones".

Y aquí nos encontramos con la primera dilación en el ejercicio de la función legislativa: a diferencia de los proyectos remitidos por el Gobierno, que gozan de una presunción

7. En los tres primeros días de legislatura, incluido el de constitución de la Cámara el 13 de enero de 2016, se registraron en el Congreso de los Diputados 9 proposiciones de ley de distintos futuros grupos parlamentarios, que fueron calificadas por la Mesa el 2 de febrero. En total, en la XI legislatura se presentan en el Congreso 38 proposiciones de ley de grupos parlamentarios, 1 de D. Pablo Iglesias Turrión y otros diputados (Proposición de ley 25, de emergencia social, presentada antes de la constitución de los grupos parlamentarios), 2 autonómicas y se trasladan 3 de la anterior legislatura, 3 de iniciativa popular y se trasladan 4. En la breve XIII legislatura, se presentaron 56 proposiciones de grupos y 2 de diputados.

8. El Informe de la Secretaría General del Congreso podía leerse en http://www.elplural.com/2016/03/17/el-gobierno-miente-s-tiene-obligaci-n-de-responder-al-congreso

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de aceptación que sólo se destruye mediante la aprobación de enmiendas a la totalidad en el consiguiente debate, las proposiciones de ley no pueden comenzar su tramitación mediante el sometimiento al Pleno de su toma en consideración, previa a la apertura de plazo de enmiendas, hasta tanto: se produzca la emisión de criterio por el Gobierno sobre ellas o pasen treinta días sin que formule criterio (126.2 RC); y transcurra el plazo asimismo de treinta días (10 días en el Senado) para que el Gobierno pueda oponerse a las proposiciones que comportan disminución de ingresos o aumento de gastos sin que manifieste su oposición, cuyo efecto es la no tramitación (art. 134.6 CE, 126.2 y 3 RC151. 1 y 3 RS). Sobre esta disconformidad volveremos luego en cuanto a la posibilidad de discrepancia entre el Gobierno y las Cámaras, que se plantea en la XII legislatura.

Admitido que la función legislativa del Parlamento se ve afectada por la situación de un Gobierno en funciones sólo en cuanto a la iniciativa gubernamental y con una dilación en las procedentes de otros autores, parece no obstante conveniente pararse a reflexionar un instante. El *Informe de la Secretaría General del Senado sobre el ejercicio de las funciones de esta Cámara durante el período de Gobierno en funciones* incluye una advertencia sobre las importantes razones que aconsejarían una autorestricción de las Cámaras en la tramitación y eventual aprobación de proposiciones de ley. Estas razones serían las siguientes:

En primer lugar, la conformación constitucional del sistema parlamentario, que aconsejaría que las Cortes Generales no aprueben leyes en un contexto en el que la relación de confianza con el Gobierno ha desaparecido, en particular por la celebración de unas elecciones generales. El principio de colaboración de poderes y la necesidad de mantener el equilibrio entre los mismos son la base fundamental del sistema parlamentario, y hacen aconsejable que las Cortes Generales no tramiten proposiciones de ley, más aún si éstas pretenden no sólo modificar la política realizada por el Gobierno cesante sino, sobre todo, condicionar poderosamente las funciones del Gobierno entrante, cuyo signo político se ignora y con el que no existe aún ninguna relación de confianza.

Llevaría a la misma conclusión una interpretación sistemática, así como una interpretación conforme a la Constitución y respetuosa de los bienes constitucionalmente protegidos (según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional), de los artículos de la Constitución (66, 87, 97, 99, 101, 108, 112, 113, 114 entre otros) que regulan los aspectos fundamentales de la forma de gobierno parlamentaria y de los artículos de los Reglamentos de ambas Cámaras que regulan la tramitación de las proposiciones de ley.

El Informe concluye que, si bien la regulación formal estrictamente aplicable a la actividad de las Cámaras no impide que las mismas puedan tramitar y aprobar proposiciones de ley, una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales sobre la conformación del gobierno parlamentario y la consiguiente relación entre Gobierno y Cortes Generales, aconsejan una auto-restricción de las mismas en su función legislativa hasta que el Gobierno se halle plenamente constituido, con el fin de evitar graves desequilibrios en el sistema parlamentario que pudieran suponer un riesgo de acabar asimilándolo a una forma de gobierno de asamblea, en la que es el Parlamento el que ejerce las funciones de dirección de la política interior y exterior.

Esta última afirmación puede parecer tal vez un poco excesiva, pero en todo caso podemos cuestionarnos lo siguiente: ¿tiene sentido la tramitación y la eventual aprobación, aun improbable, de leyes que tal vez no respondan a al programa político del nuevo Gobierno resultante de una futura investidura, que puede estar interesado en deshacer esa labor legislativa anterior? Yendo más allá, ¿tiene sentido en un régimen parlamentario la función legislativa de un Parlamento sin Gobierno?

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En particular, cabe plantearse si el Gobierno investido, sea del partido que sea —porque en función de los pactos que le permitan alcanzar el poder, su política legislativa puede variar—, dispondrá de medios, a través de los grupos parlamentarios que le apoyen, para detener en un Congreso fragmentado la tramitación de una proposición de ley tomada en consideración.

En cuanto a la tramitación y destino de las proposiciones de ley estando el Gobierno en funciones, podemos distinguir:

A) Efectos de una disolución: supuesto de la XI y la XIII legislatura.
Condenadas a caducar

Las escasas proposiciones de ley tomadas en consideración por el Pleno (4 en la XI y en la XIII) iniciaron su tramitación como mucho con la remisión por la Mesa a la respectiva Comisión permanente legislativa y apertura del plazo de enmiendas, sin que este concluyera.

Pese a que la emisión por el Gobierno de criterio o de conformidad con la tramitación de proposiciones de ley no ha sido habitual (por no decir inexistente salvo en periodos concretos), es curiosamente el Gobierno en funciones en la XI legislatura el que empieza a ejercer esta facultad, aun de forma breve y concisa, respecto de distintas iniciativas: así, los días 4, 12 y 19 de abril de 2016 comunica al Presidente del Congreso su conformidad (que no criterio) a la tramitación de cuatro iniciativas en total, a los efectos de lo previsto en el artículo 126 del Reglamento.

¿Cuáles son los efectos de la disolución de las Cámaras y celebración de nuevas elecciones, como fue el caso en la XI legislatura (3 de mayo y 26 de junio de 2016, respectivamente) y en la XIII legislatura (24 de septiembre y 10 de noviembre de 2019), sobre estas proposiciones de ley tomadas en consideración? ¿Qué ocurre en general con las proposiciones de ley presentadas desde el inicio de la legislatura?

Caducan las proposiciones parlamentarias y las autonómicas tomadas en consideración (porque ya *no son propuestas de iniciativa de sujetos ajenos a la Cámara*, sino que han sido asumidas por ella en ejercicio de su facultad de iniciativa legislativa) y se trasladan a la siguiente legislatura las populares, así como las autonómicas aún no sometidas al trámite de toma en consideración.

B) Interinidad que concluye en investidura.
Caso de la XII Y XIV legislatura

La actividad parlamentaria en los inicios de la XII y XIV legislaturas a la expectativa de una investidura, es si no inferior en el número de iniciativas, sí en su más lenta tramitación, por no ser tan inmediata y periódica la calificación de escritos por la Mesa del Congreso de los Diputados ni la celebración de sesiones plenarias en espera de la investidura.

En la actual XIV legislatura, se presentan hasta la investidura 11 proposiciones de ley por los grupos parlamentarios y 3 de diputados.

En la XII, se presentan hasta la investidura 41 proposiciones de ley por los grupos parlamentarios (6 de ellas el día siguiente al de la sesión constitutiva) y 2 de iniciativa popular.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En relación con la anterior XI legislatura, encontramos dos diferencias principales:

1) se tramitan dos proposiciones de ley durante el período de gobierno en funciones, que culminan en su aprobación como leyes, la segunda precisamente para acortar el nuevo proceso electoral en la eventualidad de una nueva aplicación del artículo 99.5 CE[9].

2) el conflicto se plantea esta vez, además de en materia de control, en relación con la disconformidad del Gobierno con la tramitación de proposiciones de ley que suponen aumento de ingresos o disminución de gastos

El Gobierno manifiesta su disconformidad con la tramitación de distintas proposiciones de ley parlamentarias y autonómicas. La Mesa deja pendiente la tramitación de estos escritos del Gobierno hasta después de la investidura, salvo de dos de ellas, que admite a trámite de toma en consideración el 18 de octubre por considerar que el criterio del Gobierno no justifica de forma objetiva y suficiente que las mismas impliquen aumento de créditos o disminución de ingresos del presupuesto en vigor[10]. Una vez producida la investidura y nombrados los miembros del Gobierno, el Consejo de Ministros, en su reunión de 18 noviembre de 2016, aprueba el envío de dos requerimientos para que se revoquen estos acuerdos de la Mesa del Congreso, que considera suponen una asunción contraria a Derecho de la competencia que al Ejecutivo corresponde, como trámite previo al eventual planteamiento de un conflicto entre órganos constitucionales ante el Tribunal Constitucional.

Los conflictos planteados dan lugar a las SSTC 34 y 44/2018, así como a tres sentencias dictadas en sendos recursos de amparo. En ellas se detallan los requisitos para el correcto ejercicio del llamado veto presupuestario por el Gobierno: que la proposición tenga incidencia directa e inmediata en el plan presupuestario en vigor, lo que significa que implique razonablemente un incremento de los créditos o una disminución de los ingresos en el mismo ejercicio presupuestario, efecto que debe ser motivado por aquél con referencia precisa a partidas presupuestarias concretas.

En todo caso, los *efectos* que la investidura pueda tener sobre las iniciativas legislativas tomadas en consideración con anterioridad son más difíciles de predecir que en caso de disolución (también es más raro que haya sesiones plenarias anteriores a la sesión de investidura, cuando esta tiene lugar), pero en conjunto puede decirse que

9. Ley Orgánica 1/2016, de 31 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y Ley Orgánica 2/2016, de 31 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para el supuesto de convocatoria automática de elecciones en virtud de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 99 de la Constitución (ambas en BOE 1 de noviembre). Las proposiciones de ley del Grupo Parlamentario Popular fueron tomadas en consideración el 18 de octubre, la primera por 258 votos a favor, 18 en contra y 66 abstenciones, la segunda por 340 votos a favor, la unanimidad de los votos emitidos.

10. Frente a la ausencia de previsión en el RC, el artículo 151.6 RS atribuye al Presidente del Senado la resolución de las controversias sobre la calificación de las proposiciones de ley y enmiendas y los incidentes que puedan surgir. A este respecto ha de tenerse en cuenta la STC 223/2006, en recursos de inconstitucionalidad sobre una modificación del Reglamento de la Asamblea de Extremadura, que declara que el Gobierno está facultado con toda libertad para oponerse a las iniciativas que pretendan modificar los presupuestos, sin que puedan los órganos parlamentarios emitir un juicio sobre el carácter de manifiestamente infundada o no de tal oposición, puesto que al introducirse una norma que los habilita para realizar dicha tarea se está claramente trasladando la potestad de decidir del Gobierno a la Asamblea de la Comunidad Autónoma, alterando así el equilibrio de poderes. La crítica de esta sentencia en GARCÍA-Escudero Márquez, P., "Sobre la calificación de las enmiendas de contenido presupuestario (A propósito de la STC 223/2006, de 6 de julio)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13/06, pp. 45 a 55. Véase también, con una doctrina no tan clara, puesto que la Mesa en ese caso se alineó con el Gobierno y el TC se limita a considerar razonable su postura, la STC 242/2006, en el recurso de amparo presentado por diputados del Grupo Popular del Parlamento Vasco. En esta sentencia, no obstante, se realiza una clarificadora distinción entre el criterio del Gobierno sobre proposiciones de ley y la conformidad con la tramitación de las que entrañen aumento de gasto o disminución de ingresos (FJ 3).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

en la XII legislatura casi todas las proposiciones de ley tramitadas en Pleno fueron tomadas en consideración, siendo muchas menos las que continuaron su tramitación más allá del plazo de enmiendas.

La situación ha cambiado con un Gobierno de coalición que cuenta más o menos con una mayoría apoyada en la abstención, siendo más elevado el número de las proposiciones rechazadas, las presentadas por los grupos de oposición. Pero los datos al respecto merecen ser estudiados aparte, en el marco de la crisis sanitaria provocada por el covid-19.

3. Decretos-leyes

No me he referido aún a los decretos-leyes, porque su aprobación constituye el ejercicio de la facultad legislativa propia del Gobierno y no del Parlamento. El ejecutivo, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, puede dictar normas con rango de ley en casos de extraordinaria y urgente necesidad, sujetas, eso sí, a la convalidación o derogación por el Congreso de los Diputados en treinta días desde su promulgación, dice la Constitución; desde su publicación, según la práctica parlamentaria.

De disposiciones provisionales las califica el artículo 86.1, que se ven restringidas en cuanto a las materias sobre las que pueden versar: aparte de las enumeradas en dicho artículo (instituciones básicas del Estado; derechos, deberes y libertades reguladas en el Título I; régimen de Comunidades Autónomas; derecho electoral general), señaladamente las propias de ley orgánica, que requieren mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, y por tanto la intervención de la Cámara.

La aprobación de decretos-leyes no está vedada al Gobierno en funciones, lo cual es coherente con la excepción al despacho ordinario de los asuntos públicos que constituye su cometido natural, contenida en el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno: casos de urgencia debidamente acreditados.

La aprobación de decretos-leyes desemboca en una actividad de control por parte del Congreso de los Diputados, que decide sobre su convalidación o derogación en treinta días. La Constitución considera imprescindible este control sobre los decretos-leyes, hasta el punto que en caso de disolución la Diputación Permanente asume las funciones de la Cámara (art. 78.2).

La convalidación de un decreto-ley por el Congreso puede ir seguida del acuerdo de su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, previsto en el artículo 86.3 CE. Estos proyectos comienzan su tramitación con su envío a la Comisión competente por razón de la materia y la apertura de plazo de enmiendas. Nada impide que el acuerdo se adopte por el Congreso estando el Gobierno en funciones, y su denominación de proyectos no debe inducir a confusión con la prohibición al Gobierno para aprobar proyectos de ley. Sobre la convalidación por la Diputación Permanente hablaremos luego.

En caso de disolución de la Cámara, el proyecto resultante de una convalidación caducará. En caso de investidura, es posible que se aprovechara la tramitación para adecuar, si fuera necesario, su contenido al programa político del nuevo Gobierno, o a la mayoría existente en las Cámaras si el Gobierno es de minoría.

En el Parlamento fragmentado, mermado el Gobierno en su iniciativa legislativa por la incertidumbre sobre el resultado, la misma incertidumbre planea sobre el destino de los decretos-leyes y hace que el Gobierno sea cauto en su uso cuando no tiene la mayoría asegurada. En la XII legislatura, el Congreso rechazó la convalidación de

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

dos decretos leyes, uno en cada parte de la legislatura[11]. En la XIV se ha producido también el rechazo de un decreto-ley, como muestra de la mayoría inestable con que cuenta el Gobierno de coalición[12].

Para hallar un precedente de rechazo voluntario de la convalidación de un decreto-ley –que implica su inmediata derogación- hay que remontarse a 1979. Existe otro supuesto de no convalidación por error en 2006. Estos datos muestran lo inusual de que, en nuestro régimen parlamentario, el Congreso no convalide un decreto-ley. Si en el primer caso que nos ocupa ello llegó a producirse, fue porque el Gobierno se veía impelido a aprobar la norma, aun sin estar seguro de su convalidación, para cumplir con una sentencia del TJUE y tratar de evitar las sanciones europeas. En otros supuestos de oposición parlamentaria esperada de antemano, salvo que exista alguna razón jurídica –como en este caso- o política para desear que dicha oposición se ponga de manifiesto en el trámite parlamentario, el Gobierno se abstendrá de legislar por decreto-ley: un segundo cauce, además del de los proyectos de ley, que si no se le cierra a un Gobierno en minoría, sí deberá administrar con cuentagotas y no con la alegría de otras épocas.

No ha sido excesivo el uso del decreto-ley durante los últimos periodos de Gobierno en funciones: 2 tras las elecciones de 20 de diciembre de 2015, pues tampoco había certeza de convalidación por la Diputación Permanente (RRDD 1 y 2/2016); ninguno tras las elecciones de 26 de junio de 2016 que concluyen en la investidura de Rajoy en octubre, en total 2 con Gobierno en funciones; 1 tras las elecciones de 28 de abril de 2019, a pocos días de la siguiente disolución de las Cámaras (RD 11/2019, de 20 de septiembre) y 4 más hasta las elecciones; 3 hasta la investidura el 7 de enero de 2020, en total 8 de Gobierno en funciones[13]. La suma –bien es verdad que el segundo período cuadruplica el primero- no revela un número excesivamente elevado, si tenemos en cuenta que los dos largos períodos de Gobierno en funciones suman 568 días, más de un año y medio; cifras no altas sobre todo, si las comparamos con los decretos-leyes dictados por Gobiernos en plenitud de facultades en los últimos tiempos, que nos llevan a formularnos la siguiente pregunta.

11. Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052). Reformulado tras la no convalidación como Real Decreto-Ley 8/2017 con el mismo título y matices en su contenido, que deja fuera temas relevantes para el desarrollo reglamentario, es finalmente convalidado. En la segunda parte de la legislatura, Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. La convalidación fue rechazada por 103 votos a favor, 243 en contra y 1 abstención. La portavoz del Grupo UP-ECP-EM, determinante para el resultado, puntualizó que el voto «no busca humillar [al Gobierno], no busca hacerles daño ni mucho menos pretende deshacer la mayoría de progreso que se generó en la moción de censura» (Diario de Sesiones 22 enero 2019, n.º 175, p. 16).

12. Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, derogado como consecuencia de su no convalidación el 10 de septiembre por 156 votos a favor (GS, UP, el diputado de Teruel Existe) y 193 en contra (resto de grupos), con ninguna abstención.

13. El Gobierno, tras la disolución, anuncia los "viernes sociales", en referencia a las medidas que acordaría el Consejo de Ministros por decreto-ley, lo que motiva reclamaciones ante la Junta Electoral Central por parte de PP y Cs sobre las ruedas de prensa posteriores a las reuniones del Consejo. La JEC adopta sendos acuerdos desestimatorios en 11 de marzo de 2019, por no denunciar aquéllos conductas prohibidas y referirse a ruedas de prensa futuras con carácter meramente hipotético.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

III. ¿PUEDE EL GOBIERNO GOBERNAR SIN LEGISLAR? O EL GOBIERNO POR DECRETO-LEY

1. Auge del decreto-ley

En efecto, en la XII legislatura de Congreso fragmentado, repercute, en la relación cuantitativa leyes-decretos leyes, la situación del Gobierno una vez investido, primero en minoría en el Congreso de los Diputados, y luego la mayoría inestable —pues no lo es a todos los efectos— que surge de la moción de censura. Este examen nos responderá a las preguntas formuladas al principio.

Desde la investidura de Rajoy hasta el 1 de junio de 2018, el Gobierno había presentado 17 proyectos de ley (frente a 243 proposiciones de ley de grupos parlamentarios en el Congreso en veinte meses de legislatura). El Gobierno minoritario se autolimita porque de no hacerlo probablemente vería sus textos también reprimidos o desfigurados a lo largo de la tramitación), lo que nos plantea la pregunta que ya nos habíamos hecho respecto del gobierno en funciones en un periodo inusualmente prolongado: ¿puede el Gobierno gobernar sin legislar?[14].

De los presentados antes de la moción de censura —con el nuevo Gobierno otros 8 proyectos del anterior se aprobarían como leyes— sólo 9 (si contamos la Ley de Presupuestos pendiente de tramitación en el Senado), más uno procedente de un decreto-ley convalidado, se habían convertido en leyes; en el mismo período y con la misma inclusión de iniciativas ya aprobadas por el Congreso, se aprobaron 10 leyes procedentes de proposiciones. Salvando las dos leyes de presupuestos para 2017 y 2018 y las dos sobre concierto y cupo vasco, el resto de las leyes procedentes de proyectos eran transposición de directivas o cumplimiento de reglamentos europeos. Las cifras son elocuentes si se tiene en cuenta que el Gobierno —titular de la iniciativa prioritaria y prevalente en el régimen parlamentario— antaño presentaba el 90 por ciento de las iniciativas legislativas, el 90 por ciento de las cuales se convertían en ley.

El nuevo Gobierno salido de la moción de censura presenta 6 proyectos de ley hasta el fin de la legislatura (nueve meses), uno aprobado en Consejo de Ministros posterior al anuncio de la disolución, que se produjo el viernes siguiente a la derrota sobre los presupuestos (15 de febrero). Sólo uno de estos proyectos, el primero presentado, se convertiría en ley. El número total de leyes aprobadas en el período examinado, es de 22, de ellas 9 procedentes de proyectos del Gobierno anterior.

Este número contrasta fuertemente con el de decretos-leyes aprobados en el mismo período, que asciende a 32 (4 de ellos aprobados después del anuncio de disolución), a los que se añaden 3 aprobados cuando las Cámaras ya estaban disueltas; tanto los acordados después del anuncio —salvo uno— como los posteriores a la disolución (en total 6) serían convalidados el 3 de abril de 2019 por la Diputación Permanente, algo excepcional aunque previsto en la Constitución. Si comparamos con el otro Gobierno de la legislatura, que no disponía de las mismas facilidades de

14. A esta pregunta responde M. Aragón Reyes con una "conclusión esperanzada": un Gobierno minoritario no tiene por qué significar un Gobierno inestable e ineficaz, sino un Gobierno que ha de pactar en las Cámaras. Pero una oposición mayoritaria tampoco debe significar una constante obstrucción de la tarea del Gobierno. Un Gobierno minoritario sin tales pactos sería incapaz de gobernar (a diferencia de los Gobiernos autonómicos en minoría, donde no tiene necesariamente que ser así, dado que sus competencias no son tan determinantes para los intereses generales como las que posee el Gobierno estatal). En todo caso, el autor citado advierte frente a una deriva hacia un parlamentarismo de asamblea, que directamente destruye el régimen parlamentario, en el que debe existir una reserva de Gobierno (dirigir la política) y una reserva de Parlamento (controlar aquélla). Véase Aragón Reyes, M., "Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 109, 2017, pág. 33.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

convalidación, comprobamos que este aprobó menos decretos-leyes: 30 en veinte meses, uno cuando todavía estaba en funciones[15]. En el segundo periodo, al igual que en el anterior, un decreto-ley no fue convalidado por el Congreso de los Diputados, quedando por tanto derogado[16].

En el conjunto de la XII legislatura, el Gobierno presentó 23 proyectos de ley y se aprobaron 39 leyes, 18 procedentes de proyectos (uno de un decreto-ley convalidado) y 21 de proposiciones originarias de otros titulares de la iniciativa legislativa[17]. Si comparamos este número con otra legislatura de duración similar como la V[18] -también de Gobierno minoritario y con idéntico desenlace-, que se desarrolló entre 1993 y 1996, podemos ver que en ella se presentaron 130 proyectos de ley y 184 proposiciones, aprobándose 112 leyes procedentes de los primeros y 35 de las segundas, en total 147 leyes[19], frente a 39 decretos–leyes adoptados por el Gobierno. En la XII, repetimos, 39 leyes frente a 65 decretos leyes: no sólo la legislación es mínima, sino que se invierte la relación entre leyes aprobadas por las Cámaras y decretos-leyes, siendo estos la regla y aquellas la excepción.

Si tomamos la X legislatura, última con un Gobierno efectivo (la XI fue disuelta en aplicación del artículo 99.5 CE, sin candidato investido), en este caso con mayoría absoluta y cuatro años de duración (de 20 de noviembre a 27 de octubre de 2015), vemos que el número de leyes aprobadas en ella es de 168 y el de proyectos presentados de 145. Esta legislatura, por las diferencias expuestas, no podría servir de término de comparación, aunque podemos comprobar que se aprueba un número elevado de leyes, pese a los numerosos decretos leyes dictados como consecuencia de la crisis económica, cuya cifra anual, por otra parte, va decreciendo a lo largo de la legislatura: 29 en 2012, 17 y 17 en 2013 y 2014, 11 en 2015 hasta la disolución, 74 en total (frente a 168 leyes; recordemos que en la XII legislatura, son 65 los decretos-leyes aprobados, frente a 39 leyes).

La comparación con la V legislatura, breve pero con un sistema cuasibipartidista en el que el Gobierno minoritario se apoyaba en las minorías nacionalistas para gobernar, demuestra que, como consecuencia de la fragmentación del Congreso de los Diputados, ni un Gobierno en minoría ni otro supuestamente apoyado en la mayoría que hizo triunfar la moción de censura constructiva, pueden ejercer la actividad ordinaria de iniciativa propia de un régimen parlamentario y, en consecuencia, las Cortes Generales no son capaces de desarrollar una actividad legislativa similar a

15. Para comprender correctamente el significado de este número ha de tenerse en cuenta que, de los 29 decretos-leyes aprobados, varios responden a la necesidad de remediar la no aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, otros a atender necesidades sociales (deudores hipotecarios), daños por temporales o sequía, o compromisos internacionales y transposición de directivas.

16. Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. La convalidación fue rechazada por 103 votos a favor, 243 en contra y 1 abstención. La portavoz del Grupo UP-ECP-EM, determinante para el resultado, puntualizó que el voto "no busca humillar [al Gobierno], no busca hacerles daño ni mucho menos pretende deshacer la mayoría de progreso que se generó en la moción de censura" (Diario de Sesiones 22 enero 2019, nº 175, p.16).

17. 15 proposiciones de ley de Grupos parlamentarios del Congreso, 1 proposición de ley orgánica del Senado (LO 1/2017), 2 propuestas de reforma de EEAA (Canarias, LO 1/2018, y Comunidad Valenciana, LO 3/2019) y 3 proposiciones de ley de Comunidades Autónomas (Andalucía, Ley 10/2018; Madrid, LO 2/2018; y CF Navarra, Ley 4/2018).

18. Las elecciones se celebran el 6 de junio de 1993, siendo disueltas las Cámaras por Real Decreto 1/1996, de 8 de enero, que entró en vigor el día 9; en total, dos años y siete meses de legislatura. La XII, de 26 de junio de 2016 a 5 de marzo de 2019, apenas supera los dos años y ocho meses. En ambas, fue la aprobación de las enmiendas de devolución de los presupuestos la que motivó, sin prisas, la disolución anticipada.

19. Datos de iniciativas y leyes aprobadas en otras legislaturas, en García-Escudero Márquez, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, CEPC, Madrid, 2000, pp.34 y ss., "Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana", *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 36, 2015, p.181, y "Un nuevo Parlamento fragmentado para los 40 años de la Constitución", cit., p.76.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

la de épocas anteriores (23 proyectos de ley frente a 130, 39 leyes aprobadas frente a 147; por contra, 65 decretos-leyes frente a 39). Paralización legislativa que a duras penas permite la transposición de directivas o el cumplimiento de reglamentos comunitarios, y -por supuesto- que no refleja la política del Gobierno, contenida en decretos leyes en la segunda parte de la legislatura.

No sería necesario añadir nada a esta conclusión. No obstante, podemos finalizar con preguntas: ¿ha sido favorable para el papel que ocupa el Parlamento en el equilibrio de poderes pasar de un bipartidismo, con sus aspectos negativos, a un pluripartidismo que, en teoría, genera una Cámara más representativa? ¿No es paradójico que, cuanto más débil sea el Gobierno, más poder legislativo ejerza por vía de decreto-ley, eso sí, convalidado por la frágil mayoría que le apoya? Estas serían las preguntas que nos suscita el balance legislativo de una legislatura atípica, partida en dos, y en particular de la segunda parte de la misma, nacida de la moción de censura constructiva.

No vamos a entrar en la polémica sobre el presupuesto habilitante que en cada caso legitimaba el recurso al decreto-ley, instrumento legislativo constitucionalmente previsto para situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. Aunque un ejemplo de libro es el primero de los aprobados, relativo al régimen jurídico aplicable al Consejo de Administración de RTVE y de su presidente[20]. Aquí nos interesa destacar el objetivo de este Real Decreto-ley, expuesto en su preámbulo, que también habla de «bloqueo parlamentario»: «resolver una situación provocada por la falta de cumplimiento por parte de las Cámaras» del mandato contenido en una ley anterior. La pregunta que se nos suscita en términos generales es la siguiente: ¿es legítimo que, con un Parlamento fragmentado, un Gobierno en minoría pueda llegar a sustituir a aquél en la función legislativa?[21]. Si habíamos alertado del riesgo de caer en un gobierno de Asamblea[22] frente a un Ejecutivo minoritario, tampoco esta segunda solución a situaciones que parece no van a ser tan excepcionales en el futuro nos parece la más adecuada para el equilibrio de poderes.

Se dirá que la Cámara decide, mediante la convalidación, si el uso del decreto-ley es correcto o no. Aun así, el peligro es que, con la anuencia de una mayoría, se desvirtúe el verdadero sentido del decreto-ley y se convierta en un instrumento ordinario de legislación. Esta reflexión se ve corroborada por el hecho de que, en la legislatura que examinamos, se acordara la tramitación como proyecto de ley de 24 decretos-leyes, de ellos 19 procedentes del segundo Gobierno (uno convalidado la semana anterior a la disolución).

Cabría entender este dato como positivo, en el sentido de que la Cámara mantiene, a través de la tramitación posterior, sus facultades legislativas. Pero también cabe la interpretación contraria, esto es, que podría haberse tramitado un proyecto de ley con cierta celeridad sin necesidad de acudir al recurso extraordinario, sobre

20. Real Decreto-Ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y de su Presidente.

21. En este sentido, afirma F. de Carreras que los decretos-leyes no están a disposición del Gobierno de turno para evitar que las leyes se elaboren y aprueben en las Cortes Generales; están para otra cosa. Véase de Carreras, F., "La demolición ha empezado", *El País* 21 noviembre 2018.

22. Advertía M. Aragón Reyes frente a una deriva hacia un parlamentarismo de asamblea, que directamente destruye el régimen parlamentario, en el que debe existir una reserva de Gobierno (dirigir la política) y una reserva de Parlamento (controlar aquélla). Una oposición mayoritaria —decía el autor citado— no debe significar una constante obstrucción de la tarea del Gobierno; un Gobierno minoritario sin pactos sería incapaz de gobernar. Cfr. Aragón Reyes, M., "Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias", *cit.*, p. 33.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

todo si tenemos en cuenta que de los así tramitados sólo uno (del primer periodo) se convertiría en ley[23].

2. Incremento de la iniciativa parlamentaria

Pero en el conjunto de la XII legislatura apreciamos otra característica más, el incremento exponencial, en un Congreso fragmentado, del número de *proposiciones de ley parlamentarias* (de Grupos parlamentarios) presentadas, de las tomadas en consideración y de las aprobadas como ley, sobre todo estas últimas en términos relativos.

Si hasta la moción de censura se habían presentado 243 proposiciones de ley de grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados, al final de la legislatura serían 333. Aunque sean pocas las que culminen su tramitación (15 leyes, 8 aprobadas antes de la moción de censura –dos de ellas cuando el Gobierno se hallaba en funciones, Leyes orgánicas 1/2019 y 2/2019- y 7 después), en términos relativos son muchas respecto de los 17 proyectos convertidos en ley (más uno procedente de decreto-ley), a su vez en comparación con otras legislaturas: en la V, llegaron a aprobarse como leyes 112 proyectos y 14 proposiciones de Grupos del Congreso. El número de proposiciones de ley tomadas en consideración en la XII legislatura es también muy elevado: de Grupos del Congreso, 59 (46 antes de la moción de censura y 13 después); de CCAA, 9 (5 y 4) de 27 presentadas; de reforma de EEAA, 5 (4 y 1), todas las presentadas; en el Senado, 14 (6 y 8) de 38 presentadas.

El resurgir de la iniciativa legislativa parlamentaria tiene mucho que ver con la incorporación de grupos a las Cámaras consecuencia del nuevo multipartidismo, así como con la decadencia expuesta de la iniciativa gubernamental, en otro tiempo origen de la abrumadora mayoría de las leyes aprobadas.

La actividad legislativa tras la moción de censura se agiliza. Como no podía ser de otro modo, se continúan tramitando proyectos de la época anterior (ya se ha señalado que 9 de las leyes promulgadas provenían de proyectos del anterior Gobierno, casi todos ellos relativos a compromisos europeos[24]) y se desbloquean proposiciones.

Recordemos que entre los problemas generados por la carencia de mayoría en la Mesa del Congreso por ninguno de los dos Gobiernos se encuentra que no queda en manos del Grupo que le apoya la decisión sobre la ampliación de plazos de enmiendas[25], lo que hace que las iniciativas puedan dormir eternamente el sueño de los justos. En último término, es el voto de los miembros de la Mesa pertenecientes al Grupo Ciudadanos el que decide en ambos periodos, y en un momento dado este Grupo anuncia que dejará de apoyar determinadas ampliaciones indefinidas[26].

23. Ley 1/2018, de 6 de marzo, por la que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas y se modifica el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2016, de 20 de julio (procedente del Real Decreto-ley 10/2017, de 9 de junio).

24. En materia de protección de datos personales, régimen económico y fiscal de Canarias, medio ambiente, información no financiera y diversidad, secretos empresariales propiedad intelectual y crédito inmobiliario (L.O. 3/2018 y Leyes 8/2018, 9/2018, 11/2018, 1/2019, 2/2019 y 5/2019, respectivamente), además de los proyectos que estaban prontos a concluir su tramitación, en materia de orden europea de investigación y presupuestos, Leyes 3/2018 y 6/2018

25. Las ampliaciones de plazos de enmiendas, como de otros plazos, de conformidad con el artículo 91.1 RC, se acuerdan por la Mesa de la Cámara, cuyas decisiones se adoptan por mayoría, a la vista de las peticiones de ampliación presentadas por los grupos parlamentarios.

26. Ver "Ciudadanos desbloquea otras 22 leyes", *La Vanguardia*, 30 octubre 2018, coincidiendo con la toma en consideración en esa fecha de una Proposición de reforma del Reglamento presentada por el Grupo Socialista sobre limitación de las prórrogas de plazos de enmiendas a iniciativas legislativas, que caducó con el fin de la legislatura. La proposición admitía dos prórrogas a petición de algún grupo parlamentario, mientras que las ulteriores debían

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

El incremento de la actividad legislativa se manifiesta, cuando empiezan a cerrarse los plazos de enmiendas, en la tramitación simultánea de cierto número de iniciativas en determinadas comisiones. Por tomar las dos más activas, Justicia y Economía y Empresa, llegan a fase de comisión 29 textos legislativos en la primera y 13 en la segunda.

En esta fase, se buscan pactos, no necesariamente impulsados por el Grupo del Gobierno, sino por el autor de la iniciativa; a su vez, aquél puede no estar interesado en que avancen proposiciones por él presentadas cuando se hallaba en la oposición. Las ponencias se fortalecen como órganos de negociación que permita alcanzar la aprobación de un texto, prolongándose su labor a lo largo de varias reuniones, frente a la rapidez de la ponencia-rodillo propia de las mayorías absolutas[27].

Es curioso que, cuando se reactivan las tramitaciones, el número de enmiendas no es muy elevado en comparación con otras legislaturas[28]. Asimismo, se aprecia —como consecuencia de los pactos y de las posiciones distintas que cada grupo ocupa respecto del periodo anterior— la tendencia a que de las ponencias surjan textos transaccionales completos de las iniciativas, que van más allá de la inserción de enmiendas en el texto inicial. Es cierto que las proposiciones, en particular las procedentes de los grupos que por primera vez han accedido a las Cortes Generales, se resentían de cierta falta de calidad técnica, que debía ser suplida en el informe de la ponencia.

3. Intentos de suplir la falta de iniciativa gubernamental

Ante la limitada iniciativa del Gobierno, en la XII legislatura se aprecian dos pasos en direcciones opuestas para suplir aquella.

A) Las subcomisiones como medio de consensuar iniciativas legislativas

Si el Gobierno no puede enviar al Congreso proyectos de ley porque no está seguro de su resultado, se intentará pactar el contenido de las leyes mediante la creación de subcomisiones en las comisiones permanentes legislativas, constituidas a iniciativa de distintos grupos. Así nos encontramos en la XII legislatura con 13 ponencias de estudio o subcomisiones constituidas en el Congreso sobre temas que podrían conducir a sendas iniciativas legislativas consensuadas: reforma electoral, estrategia nacional de la justicia, régimen profesional de los militares de las Fuerzas Armadas, pacto Estado social y político por la educación, reforma del régimen especial de trabajadores por

ser solicitadas por al menos dos grupos que representaran la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara. La toma en consideración fue acordada por 178 votos a favor y 163 en contra (del Grupo Popular, Ciudadanos y 1 del Grupo Mixto).

27. Sobre nuestra distinción entre la ponencia-rodillo y la ponencia-consenso, véase García-Escudero Márquez, P., *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, CEC, Madrid, 2006, pp. 340 y ss.

28. Por continuar con el ejemplo de la Comisión de Justicia, de las 23 iniciativas respecto de las que terminó el plazo de enmiendas al articulado (5 de ellas cuando ya se había anunciado la próxima disolución de las Cámaras, a 2 de las cuales no se presentaron enmiendas), sólo una superó las 300 enmiendas (protección de datos personales, 369), otra obtuvo 102 (régimen jurídico de los animales), 6 entre 50 y 100, una 32 y 12 menos de 25. De estas iniciativas, 9 se convirtieron en ley y respecto de otras 2 llegó a aprobarse informe de la ponencia.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

cuenta propia o autónomos RETA, Estatuto del Artista, pacto de Estado en materia de violencia de género...[29]. De ellas 7 aprobaron informe[30].

Estas subcomisiones se añaden a las comisiones especiales, de estudio o investigación (de las que también podrían resultar propuestas legislativas), e incluso a las que deberían ser comisiones permanentes no legislativas de estudio porque no se corresponden con departamentos ministeriales, pero que -novedad también de los nuevos tiempos- se dotan de carácter legislativo: no sólo Cooperación internacional para el desarrollo e Igualdad, que ya tenían este carácter en la X legislatura, sino también Cambio climático y Políticas integrales de la discapacidad, que algunas mantendrán en posteriores legislaturas.

B) El procedimiento de lectura única para textos no tan sencillos ni unánimes

El artículo 150 RC reserva el procedimiento especial de lectura única para la tramitación de los proyectos o proposiciones de ley cuya naturaleza lo aconseje o la simplicidad de formulación lo permita. De hecho, se suele recurrir a este procedimiento cuando existe un consenso tal sobre el contenido que hace prever que el texto no será variado en el curso de la tramitación o cuando recae acuerdo unánime de tramitación acelerada por urgencia política en la promulgación de la ley[31].

Sin embargo, en los inicios de la XII legislatura objeto de nuestro análisis encontramos ejemplos que no encajan ni en el texto reglamentario ni en los usos, y que más bien parecen augurar el parlamentarismo de asamblea a que alude Aragón Reyes. Se evita así la tramitación en Comisión, a la que la nueva composición de la Cámara plantea numerosos incidentes en el procedimiento legislativo, desvelando insuficiencias en la consuetudinaria aplicación del Reglamento o en las prácticas acuñadas. Pensemos simplemente en la mayor complejidad de las votaciones, en las que el sentido del voto de cuatro partidos determina resultados variables, frente a los previsibles cuando sólo dos eran los partidos determinantes.

Se ha utilizado el procedimiento de lectura única para iniciativas no siempre tan sencillas que, en definitiva, pretenden deshacer la obra legislativa del Gobierno anterior, con la particularidad de que coincide en color con el actual, o dicho de otra manera, con la obra del Gobierno actual cuando era anterior, pues el Presidente continúa siendo el mismo[32].

29. Además de la Subcomisión creada en una comisión especial y de dos ponencias de estudio. Un acuerdo de la Mesa del Congreso de 20 de septiembre de 2016 limitaba el número de subcomisiones que podían existir simultáneamente a 6. Por acuerdo de 13 de diciembre de 2016, se eleva este número a 8. Piénsese en lo que supone para los grupos de menor tamaño el funcionamiento simultáneo de este número de subcomisiones, junto a las 19 comisiones permanentes legislativas, 7 permanentes no legislativas, 3 comisiones de investigación y 6 comisiones mixtas permanentes. Al finalizar 2017, sólo la Subcomisión sobre el Pacto de Estado en materia de violencia de género ha concluido sus trabajos mediante la aprobación –a la que no se sumó UP- y elevación de su informe a la Comisión de Igualdad y posteriormente al Pleno de la Cámara.

30. Alguno en materia tan política como el régimen y la financiación de los partidos políticos, la imparcialidad e independencia de autoridades independientes y la protección de los denunciantes de los casos de corrupción Aprobaron también su informe las subcomisiones o ponencias en materia de política de aguas en coherencia con los retos del cambio climático, ciberseguridad en España, menores sin alcohol, régimen profesional de militares de tropa y marinería, estatuto del artista y pacto de Estado en materia de violencia de género. No concluyeron sus trabajos las relativas a actualización de cooperación internacional para el desarrollo, reforma electoral, reforma del RETA, estrategia nacional de Justicia, pacto de Estado social y político por la educación y consecuencias del *Brexit*. Por no hablar de las comisiones de investigación, que no son objeto de nuestro estudio.

31. Además de aquellos proyectos que introducen un elemento pactista en su elaboración. Véase García-Escudero Márquez, P., *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 113-114.

32. Ejemplos de proposiciones sencillas tendentes a deshacer la obra legislativa anterior frente a un Gobierno continuista, aunque no se tramiten por lectura única, son -entre otras- la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la que se trata de eliminar la pena agravada

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

El ejemplo más claro de utilización del procedimiento de lectura única para la tramitación de una iniciativa compleja y no unánime es la Proposición de Ley del Grupo Socialista sobre la modificación de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, para recuperar la independencia de la Corporación RTVE y el pluralismo en la elección parlamentaria de sus órganos (dirigida a anular la reforma introducida por el Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio, requiriendo de nuevo la mayoría de dos tercios en ambas Cámaras para el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración). Se trata de una reforma de no tan sencilla formulación, como lo demuestra el número y envergadura de las enmiendas presentadas, en la que el propio Grupo Popular vota a favor de la tramitación por lectura única para no quedarse en solitario.

Más aún, la utilización del procedimiento de lectura única en un texto sin acuerdo y complejo provocó que en la aprobación por el Pleno del Congreso el 22 de junio de 2017 se produjeran varios empates y la incorporación de enmiendas incongruentes entre sí, como las relativas al número de miembros del Consejo de Administración de RTVE[33], y otras cuestiones que dificultarían su aplicación posterior[34].

IV. ¿PUEDE LEGISLAR LA DIPUTACIÓN PERMANENTE?

Una referencia final a la Diputación Permanente, pues una cuestión más que se ha planteado en los frecuentes períodos interlegislaturas es el papel de la Diputación Permanente, en concreto en materia legislativa.

En el período de disolución de las Cámaras entre las legislaturas XII y XIII (disolución de 4 de marzo de 2019) se solicitó por la Mesa del Congreso un informe a los servicios jurídicos sobre la competencia de la Diputación Permanente del Congreso (y del Senado) para tramitar los proyectos de ley resultantes de la convalidación de decretos-leyes de conformidad con los artículos 78 y 86 CE.

Las posturas doctrinales que aplican una interpretación literal o bien sistemática y lógica (que comparto) de los preceptos constitucionales, había sido mantenidas respectivamente ya en los años noventa por Lavilla y Astarloa[35].

El informe, no hecho público pero que se filtró, es favorable a la tramitación como proyectos de ley de los decretos-leyes convalidados por la Diputación permanente, a

impuesta a los piquetes informativos "violentos" por el artículo 315.3 del Código Penal tras la reforma introducida por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, eliminación solicitada, tras las primeras condenas, por los sindicatos mayoritarios y los partidos políticos afines a los mismos; y la Proposición de Ley de derogación del plazo máximo previsto para la instrucción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plazo introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre. Ambas iniciativas serían de las primeras leyes aprobadas en la XIV legislatura.

33. Diario de sesiones nº 64, de 22 de junio de 2017. Dado que el Grupo Popular contaba en el Senado con mayoría absoluta, podía haber resuelto la incongruencia mediante enmiendas o dejarla en sus términos, de forma que sería inaplicable el nuevo sistema de nombramiento hasta tanto otra ley modificara las contradicciones introducidas en la ley, lo que retrasaría la instauración del nuevo sistema de elección. Aprobada la Ley 15/2017, resurge la falta de acuerdo inmediatamente, impidiendo la aprobación, en el plazo de tres meses establecido por la ley, de la normativa necesaria para poner en marcha la selección de candidatos por las Cortes Generales, previo concurso público con la participación de un Comité de expertos.

34. Véase García-Escudero Márquez, P., "Balance de la moción de censura constructiva en un Parlamento fragmentado", *cit.*, pp. 124 y ss. Tras una repetición de las audiencias de los candidatos en la XIV legislatura, se elegirían finalmente miembros del Consejo y Presidente de la Corporación en marzo de 2021.

35. Lavilla Rubira, J. J., "Artículo 78: Las Diputaciones Permanentes del Congreso y del Senado", en Alzaga Villaamil, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo VI, Edersa, Madrid, 1998, pp. 742 y ss., e Astarloa Huarte-Mendicoa, I., "Artículo 86: Decretos-leyes", en la misma obra, tomo VII, pp. 244 y ss.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

partir de una interpretación literal del artículo 151.5 del Reglamento del Congreso, según el cual "La Diputación Permanente podría, en su caso, tramitar como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia los Decretos-leyes que el Gobierno dicte durante los períodos entre legislaturas".

Afortunadamente, tal tramitación no llegó a materializarse, como tampoco antes, dado que la votación sobre tal tramitación había resultado siempre negativa.

La convalidación de decretos-leyes por la Diputación Permanente es habitual[36]. Tras esa disolución fueron seis los decretos leyes convalidados por este órgano, tres aprobados antes de la disolución y tres después.

En el período que sigue a la disolución de 24 de septiembre de 2019 como consecuencia de la aplicación del artículo 99.5 CE, la situación se repite (7 decretos-leyes convalidados por la Diputación Permanente), con la importantísima diferencia de que, respecto de uno de los decretos-leyes convalidados se acuerda la tramitación como proyecto de ley: el Real Decreto ley 12/2019, de 11 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Thomas Cook.

El 22 de octubre, el decreto ley es convalidado por la DP y se acuerda su tramitación como proyecto de ley. La Mesa de la DP, en la línea del informe antes reseñado emitido en la anterior legislatura, acuerda el 5 de noviembre (a impulso, por otra parte, de algunos grupos parlamentarios), encomendar a la DP su aprobación por el procedimiento de urgencia, conforme a los artículos 57.1º.a) -corresponde a la DP asumir todas las facultades que en relación con los decretos leyes atribuye al Congreso de los Diputados el artículo 86 de la Constitución- y 155.1 RC, así como abrir un plazo de enmiendas de 8 días hábiles que expiraba el 15 de noviembre (BOCG de 5 de noviembre de 2019), ya después de las elecciones de 10 de noviembre.

Se presentan enmiendas por los distintos grupos parlamentarios, unos antes y otros después de las elecciones (sinsentido que va reduciendo al absurdo la decisión adoptada). Una semana antes de la constitución de la nueva Cámara el 3 de diciembre, la Diputación Permanente del Congreso se reúne el día 27 de noviembre para la tramitación del proyecto de ley, así como para la convalidación de 4 decretos leyes aprobados en el mes de noviembre.

En esta sesión se aprobaron algunas enmiendas y transaccionales, así como el texto resultante, que es remitido al Senado. El texto aprobado por el Congreso se publica en el BOCG Senado el 30 de noviembre, sin que se abra plazo para la presentación de enmiendas. Hay que recordar que la sesión constitutiva de ambas Cámaras tenía lugar el 3 de diciembre.

Así pues, tampoco en esta ocasión llega a tramitarse por completo el proyecto de ley resultante de un decreto ley convalidado, que no llega a completarse en el Senado, y no llega a dilucidarse la duda de si la Diputación Permanente de esta Cámara se considera con potestades que no le atribuye expresamente la Constitución, aunque puedan deducirse de la remisión del artículo 78 a las facultades de las Cámaras de acuerdo con los artículos 86 y 116, y de que el artículo 86.3 se refiere a la tramitación por las Cortes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

36. En el conjunto de las legislaturas anteriores se convalidaron 40 decretos-leyes por la Diputación Permanente, siendo más numerosos en la legislaturas I (9) y IV (8), V y Constituyente (7), IX (5); 1 en las legislaturas X, VIII, VI y II y ninguno en la XI, VII y III.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

El argumento del informe del Congreso es que el problema no es de competencia, sino de procedimiento: falta la regulación en los Reglamentos, que las Mesas pueden completar. Sin embargo, mi opinión, más acorde con la mantenida por Astarloa en los Comentarios a la Constitución antes citados, es que hay que interpretar el artículo 78 con el bagaje de los 40 años de su aplicación y en el contexto de las funciones legislativas de las Cámaras.

¿Tiene sentido que una ley orgánica, por poner un ejemplo, se tramite por las Diputaciones Permanentes de las Cámaras en un período entrelegislaturas, cuando la composición de aquéllas va a cambiar inmediatamente?

Cierto que los decretos leyes no pueden versar sobre materia propia de ley orgánica, pero las enmiendas sí. ¿O es que el derecho de enmienda de los miembros de la DP es diferente al de los diputados en período ordinario? ¿Dónde se estipula? ¿Podría restringirse por una norma reglamentaria?

¿Cómo se resolverán las divergencias con el Senado, Cámara que carece de regulación sobre esta supuesta facultad? ¿El veto se aprobaría por mayoría absoluta de la DP del Senado y se levantaría por mayoría absoluta de la DP del Congreso? Cabría el levantamiento por ésta tras dos meses por mayoría simple, que por fuerza habrían de transcurrir una vez celebradas elecciones? Como por otra parte, según se ha demostrado, en la práctica también ocurre con la propia tramitación en el Congreso.

No intento con estas palabras más que plantear los problemas que suscita la posición adoptada. Tal vez, como decía, el precepto constitucional deba ser interpretado en el conjunto de las facultades legislativas de las Cámaras, con las que encaja muy mal la tramitación y aprobación de proyectos de ley por la DP, aun por vía de urgencia. Es, en cambio, perfectamente lógico que la convalidación de decretos leyes se apruebe o rechace por la DP del Congreso para mantener el control del Gobierno respecto de una norma adoptada en situación de extraordinaria y urgente necesidad, como son asimismo extraordinarios y precisan de control por el parlamento los estados previstos en el artículo 116 CE.

V. EL GOBIERNO DE COALICIÓN SE ESTRENA CON UNA PANDEMIA

El primer Gobierno de coalición de nuestra democracia constitucional se estrenó con una pandemia. Investido Presidente Pedro Sánchez el 7 de enero de 2020, puede decirse que comienza realmente la legislatura fruto de las elecciones de 10 de noviembre de 2019. Apenas dos meses más tarde, el 14 de marzo de 2021, se declara el estado de alarma, primero de una serie de tres por la misma causa, hasta la fecha.

Antes de esta declaración, obviamente la actividad legislativa de las Cámaras no había en realidad comenzado, por más que se tramitaran sendas proposiciones de ley (de los Grupos Socialista, UP y Socialista) en los plenos de 11, 18 y 21 de febrero de 2021 que fueron tomadas en consideración, pero sí se habían aprobado decretos leyes: 3 desde el 10 de noviembre de 2019, fecha de las elecciones, por el Gobierno en funciones hasta la investidura; 7 más hasta el 14 de marzo, los últimos ya impulsados por la pandemia que se venía encima.

Asimismo hasta el 14 de marzo se habían presentado 46 proposiciones de ley de grupos del Congreso, de las cuales 11 antes de la investidura, y 7 proyectos de ley (recordemos que el Gobierno en funciones carece de iniciativa legislativa y por tanto sólo pudo ejercerse a partir de la toma de posesión que siguió a la investidura).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

A partir de ahí, suspendida primero toda actividad durante quince días y ocupada después al principio sólo con las medidas relativas al control del estado de alarma (prórrogas) y convalidación de decretos-leyes, y luego con el control ordinario, habrá que esperar a que se restauren las sesiones plenarias de dos días para que el 4 de junio se introduzca de nuevo en el orden del día la toma en consideración de una proposición de ley, que es rechazada, así como el debate de totalidad de un proyecto de ley. La siguiente proposición debatida lo será el 18 de junio, además de otra de reforma del Reglamento (ambas rechazadas), y recuperarán su lugar los martes en número de dos el 23 de junio (tomadas en consideración las dos[37]).

En suma, un periodo de sesiones casi perdido en cuanto a actividad legislativa: las consecuencias que la pandemia tendría sobre la paralización –no sólo legislativa- del Parlamento pueden deducirse de un solo dato: la primera ley aprobada por las Cortes Generales en la legislatura lleva fecha de 15 de julio de 2020 (procedente de la tramitación del Real Decreto-ley 4/2020) y sólo otra más se aprueba en el mismo mes (de modificación de un artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fruto de una proposición de ley presentada por uno de los dos Grupos representados en el Gobierno, UP), la siguiente lo sería ya en septiembre, también procedente de un decreto-ley convalidado (RDL 16/2020).

En el año 2020, las Cámaras aprueban 14 leyes (11 ordinarias –de ellas 1 procedente de un decreto-ley convalidado- y 3 orgánicas) frente a 39 decretos leyes aprobados por el Gobierno (5 de ellos previos a las medidas adoptadas a causa de la pandemia, 2 más anteriores al primer estado de alarma pero motivados por aquélla) y un decreto legislativo. En 2021, en el segundo trimestre la actividad legislativa empieza a acelerar y a 24 de mayo las leyes ordinarias aprobadas han sido 8 y las orgánicas (2 de reforma de Estatutos de Autonomía) asimismo 8 –incluidas 1 y 3 de ellas pendientes a esa fecha de publicación en el BOE-, habiéndose aprobado 10 decretos leyes.

Si tomamos las cifras de año y medio de legislatura (de 10 de noviembre de 2019 a 24 de mayo de 2021), los totales arrojan 55 proyectos de ley presentados, frente a 143 proposiciones de ley de grupos parlamentarios del Congreso y 3 de diputados, 7 del Senado que han superado la toma en consideración, 11 de Comunidades Autónomas, 5 de reforma de Estatutos de Autonomía, 16 de iniciativa popular (téngase en cuenta que las tres últimas categorías en su mayor parte se trasladan de una legislatura a otra).

Las leyes aprobadas en el curso de la presente legislatura han sido 30 (19 ordinarias y 11 orgánicas), mientras que los decretos-leyes aprobados desde las elecciones son 52 (3 de ellos antes de la investidura). De estas leyes, 5 proceden de la tramitación de decretos leyes convalidados (dato relevante que irá aumentando a lo largo de la legislatura), 16 de proyectos remitidos por el Gobierno y 9 de proposiciones de ley: 2 de reforma de EEAA, 6 de los Grupos que se corresponden con los partidos en el Gobierno conjunta (1) o separadamente (4 GS, 1 UP) y la otra del Senado.

Puede comprobarse con estos datos, comparándolos con los del segundo bienio de la XII legislatura -primera de un Congreso fragmentado- tras la moción de censura: 32 decretos-leyes aprobados en 9 meses, más tres con las Cámaras disueltas, que el uso de esta norma se mantiene, incrementado por las necesidades de la lucha contra la pandemia y sus consecuencias.

37. Sobre la actividad desarrollada por las Cámaras durante el primer estado de alarma debido a la pandemia, puede verse García-Escudero Márquez, P., "La ductilidad del Derecho parlamentario en tiempos de crisis. Actividad y funcionamiento de los parlamentos españoles durante el estado de alarma por COVID-19", *Teoría y realidad constitucional,* nº 46, 2020, págs. 271-308.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En las 30 leyes aprobadas, la suma resultante de las procedentes de proyectos (16) y de decretos leyes convalidados (5) -habría que hacer un estudio sobre hasta qué grado las modificaciones introducidas durante su tramitación parlamentaria han sido relevantes, uno de ellos ni siquiera fue modificado durante la tramitación- es abrumadora, con un descenso del éxito de la iniciativa parlamentaria, aunque el uso de esta como *segunda marca*[38] del Gobierno haya sido apreciable (6 leyes aprobadas de propuesta conjunta o separada de los dos Grupos en el Gobierno)

Así pues, algunas conclusiones más desde el punto de vista legislativo podemos extraer del período pandémico -años 2020-2021 en curso- que marca la XIV legislatura:

1) Los decretos-leyes continúan en auge, por razones obvias, casi duplicando el número de leyes aprobadas: 52 frente a 30, a 24 de mayo de 2021, cifra engañosa además pues, de esas 30, 5 proceden de decretos-leyes convalidados; del resto, 16 proceden de proyectos y 9 de proposiciones, 6 de ellas presentadas por los grupos que forman la coalición de gobierno.

2) A medida que avance la legislatura, aumentará sin duda el número de leyes procedentes de proposiciones, dado el uso que se hace de las firmadas por uno o los dos Grupos del Gobierno de coalición como instrumento de dirección política por proporcionar una mayor agilidad en su elaboración y presentación, prescindiendo de trámites e informes preceptivos (un titular del diario *ABC* de 22 de febrero de 2021 lo describe así: "la mayoría de las leyes de Sánchez orillaron el trámite de consultas"), en cuestiones tan relevantes como la regulación de la eutanasia.

3) Por el contrario, y a diferencia de la XII legislatura, se aprecia el rechazo absoluto de las proposiciones de ley de grupos de la oposición: ninguna, de las 16 tomadas en consideración. Las que continúan su tramitación proceden 6 del Grupo Socialista, 2 de los Grupos Socialista y UP, 2 de UP (total de los dos grupos de Gobierno: 10, casi dos tercios de las tomadas en consideración), 3 del Grupo Vasco, 2 del Grupo Plural y 1conjunta de los Grupos Plural, Bildu, Socialista y Esquerra.

4) Un comentario final merece la complejidad que ha alcanzado nuestro ordenamiento jurídico con la pandemia, incluso a nivel legislativo. Otro titular descriptivo de *ABC* de 6 de marzo 2021, referido al Real Decreto-ley 8/2020: "Sánchez eleva la inseguridad jurídica al cambiar 17 veces un decreto de ayudas", responde a la realidad de la continua modificación de decretos leyes por otros decretos leyes o por leyes posteriores.

Para corroborar mi afirmación sobre la complejidad del ordenamiento, acabaré con otro titular, esta vez de *El País* de 15 de marzo de 2021: "Tres mil normas nuevas en un año de pandemia", subrayando el riesgo de la hiperregulación Estado-CCAA. Paralización legislativa, sin duda, pero sólo referida a las leyes formales emanadas de las Cortes Generales.

38. Véase García-Escudero Márquez, P., *La iniciativa legislativa del Gobierno*, CEC, Madrid, 2000, p. 27.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

VI. CONCLUSIÓN

He intentado exponer datos de tres periodos distintos de los últimos años, en los que la fragmentación del Congreso ha incidido profundamente en la actividad legislativa de nuestras Cortes Generales. La conclusión en los tres casos ha sido su drástica reducción, hasta poder calificarla de paralización, sobre todo en comparación con el simultáneo crecimiento del número de decretos-leyes, en correlación inversa a lo que ocurría en periodos de cuasi-bipartidismo, con Gobierno tanto mayoritario como minoritario. Estos datos deben hacernos reflexionar sobre la preservación del papel del Parlamento y de sus funciones esenciales en el nuevo escenario de partidos. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

ACTUALIDAD IBEROAMERICANA
FERNANDO REVIRIEGO PICÓN

106 INFORME
EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN ARGENTINA: CLAROS Y OSCUROS DESPUES DE 25 AÑOS
por Jorge Luis Maiorano

133 INFORME
EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA
por Pablo Enrique Ulloa Castillo

142 INFORME
UNA MIRADA ACTUAL SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL Y EL PROBLEMA CONTRAMAYORITARIO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA
por Sebastián López Hidalgo

162 INFORME
PROBLEMAS EN TORNO AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LEY CONSTITUCIONAL. REFERENCIA A LA LLAMADA LEY BONILLA EN MÉXICO
por Christian Yair Aldrete Acuña

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN ARGENTINA: CLAROS Y OSCUROS DESPUES DE 25 AÑOS

THE OMBUDSMAN OF THE ARGENTINEAN NATION: LIGHT AND SHADOWS AFTER 25 YEARS

por Jorge Luis Maiorano
Defensor del Pueblo de la Nación Argentina (1994/1999)[1]

Cómo citar este artículo / Citation:
Maiorano, Jorge Luis (2021):
El Defensor del Pueblo de la Nación argentina:
Claros y oscuros después de 25 años, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0105

1. Ex Presidente del Instituto Internacional del Ombudsman (1998-1999), Profesor Emérito Universidad del Salvador y Universidad de Belgrano Argentina) Profesor de Posgrado Universidad de Buenos Aires.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

Se aborda en este trabajo la evolución (y vacancia desde hace más de una década) de la figura del Defensor del Pueblo de la Nación Argentina desde su creación en 1994 y los períodos en que desarrolló su mandato. Se aborda desde la perspectiva de quien fuera el primer titular de dicha institución.

Palabras Clave: Defensor del Pueblo. Argentina, control, derechos humanos, ley.

ABSTRACT

This paper addresses the evolution (and vacancy for more than a decade) of the figure of the Ombudsman of the Argentine Nation since its creation in 1994 and the periods in which it developed its mandate. It is approached from the perspective of who was the first head of that institution.

Keywords: Ombudsman. Argentina, control, human rights, law.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que el pasado año 2020 será inolvidable para toda la humanidad afectada por la pandemia del COVID 19 y también para mí ya que se cumplieron cuarenta años de mi primer contacto con la figura del Ombudsman. Muchas cosas han cambiado en el mundo, en la vida de cada uno de nosotros, afectos que ya no están, otros que ya forman parte de mi vida, un mundo diverso al que vivimos hasta ahora, muy distinto a la década de los ochenta pero mi fidelidad y compromiso con la Institución se mantiene; por ello reflexiono sobre esta figura, recuerdo sus orígenes y en última instancia, aporto enseñanzas que puedan ayudar a quienes ejercen hoy la función de Defensor del Pueblo, a quienes aspiran a ejercerla para conocer sus perfiles y beneficios así como los peligros que la acechan.

Por ello escribimos estas líneas con el intimo deseo de que la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo no se desnaturalice o desfigure por la apetencia política, que no se constituya en plataforma política de quienes apetecen otro cargo y en cambio, se fortalezca ajustándose a las exigencias sociales siempre cambiantes con el mismo prestigio que ha alcanzado en las sociedades más avanzadas.

Para que no quede duda alguna de que mi vida ha sido atravesada por el Ombudsman (u Ombudsperson como se llama hoy o simplemente Ombuds) recuerdo que me tocó el enorme privilegio de fundar la primera institución pública estatal de Argentina en 1994 (Defensor del Pueblo) y más tarde, en el año 2007 fundar la primera Defensoría privada corporativa del país (Defensor del Asegurado).

Obviamente la quietud no es lo caracteriza al mundo de hoy y a cada uno de nosotros; el mundo, las necesidades de las sociedades no son las mismas que hace más de tres décadas cuando escribí la tesis ni cuando me alejé de la Defensoría del Pueblo de la Nacion en 1999. Por supuesto el escenario de todos los países será radicalmente diverso debido a la pandemia que afecta a toda la Humanidad. Ello impone ubicar al Ombudsperson ante un escenario inédito en el cual las dolencias individuales y sociales serán más visibles, profundas y generalizadas ya que abarcarán a todos los ámbitos de la vida de cada sociedad.

Mis maestros del Derecho me enseñaron la clásica máxima hace muchos años que decía *"los hombres pasan, las Instituciones quedan..."*; hoy, en cambio, en base a mi propia experiencia entiendo que debería agregarse un párrafo adicional que aclare "*cómo quedan (las instituciones) dependerá de los hombres que han pasado"*; con ello quiero manifestar que no son las instituciones las que deben cuestionarse sino los hombres que las ejercen. Es el hombre, la persona, el funcionario el que prestigia, honra o deshonra, califica o descalifica la Institución; yo tengo mi conciencia tranquila acerca de cómo dejé la Defensoría del Pueblo de la Nación luego de haber tenido el enorme y singular privilegio de fundarla desde la nada. Y por supuesto me da mucha pena ver cómo ha ido involucionando desde entonces.

Durante los años fundacionales junto a mis colaboradores a quienes le debo el eterno agradecimiento, pusimos en marcha la Institución con la ilusión y la esperanza de que no fuera *"más de lo mismo"*, que estuviera alejada de todo lo que significara burocracia en su sentido más descalificador.

Por eso en todas las paredes del edificio donde funcionó la Institución lucían carteles donde se leía *"Aquí no tratamos con expedientes sino con seres humanos"*; es que uno de mis maestros europeos, más precisamente Juan San Martin Ortiz de Zarate, el Defensor del Pueblo del País Vasco (Ararteko) una vez me dijo que ésta era o debía ser una *"Institución con alma"*; cuánta razón tenía ya que el Defensor del Pueblo debe ser,

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

como en los países más avanzados donde goza de sólido prestigio, una figura respetada y consolidada a través de la cual el ciudadano encuentra una institución que lo ayuda ante una violación o desconocimiento de un derecho del cual es titular; de esa manera esa persona asume que no solo es considerado como ciudadano a la hora de votar sino en cada minuto de su vida en relación con el Poder Público.

La llegada a mis manos un folleto de la Embajada del Reino de Dinamarca en nuestro país por el cual se difundía la labor del Ombudsman danés atrajo mi atención ya que aludía a una institución de control del poder público que había adquirido singular trascendencia en el derecho comparado. Aspiraba en esos años a demostrar la necesidad, y no simple conveniencia, de su incorporación a las jóvenes democracias de América Latina. Se inició así casi sin quererlo una etapa de mi vida en la cual la figura del Ombudsman, Defensor del Pueblo o denominación equivalente que recibe en diversos países, ocupó, ocupa- y seguramente me acompañará por siempre, un lugar de preeminencia.

En 1983 en coincidencia con el restablecimiento de la institucionalidad democrática pasé a desempeñarme como asesor del recién electo senador nacional por la provincia de La Rioja, Dr. Eduardo Menem. Recuerdo el primer cometido que me encomendó: la preparación de un proyecto de ley instituyendo la Defensoría del Pueblo en el ámbito nacional.

Ese proyecto quedó redactado hacia los primeros días del mes de marzo de 1984 siendo presentado formalmente por los senadores nacionales Eduardo Menem y Libardo Sánchez el día 22 de marzo de 1984. Se iniciaba allí un dilatado proceso legislativo que insumió 9 años. Nunca imaginábamos que una iniciativa tan valiosa para la credibilidad democrática podía despertar, al mismo tiempo, tantas reservas y tanta indiferencia.

Mientras ello sucedía la preparación de ese proyecto de ley y el conocimiento de bibliografía acerca de la Institución, reavivaron el interés por la redacción de la tesis doctoral que había cursado durante los años 1972-1973 en mi querida Universidad del Salvador. Nunca antes otro tema me había decidido a preparar aquella tesis, tantas veces postergada. Así entonces acicateado por ese incentivo académico, me adentré más profundamente en el conocimiento y funcionamiento de la figura del Ombudsman. A la par que publicaba numerosos artículos doctrinarios, tanto en el país cuanto en el extranjero, asistía a Congresos, Conferencias, Simposios y Seminarios en Europa y América en los cuales participaba inicialmente como observador y luego como disertante. Nuestra región recién estaba saliendo de largos años de autoritarismo y no resultaba tarea sencilla digerir una institución de cuño extranjero, nombre inexpresivo y hasta confuso y que para más singularidad, contaba solo con facultades de persuasión. En 1986, más precisamente el día 4 de diciembre, defendí mi tesis doctoral titulada "*El Ombudsman: Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*", que publiqué el año siguiente.

Mientras acontecían estos hechos, aquel proyecto legislativo era recurrentemente aprobado por la Cámara de Senadores y archivado por falta de tratamiento por la Cámara de Diputados. Ello aconteció en tres oportunidades; recién en el cuarto intento fue aprobado cuando ya habían transcurrido 9 años desde su presentación original.

Al asumir la titularidad del Poder Ejecutivo el Dr. Carlos Saúl Menem en 1989, fui designado de manera sucesiva Subprocurador del Tesoro, Procurador del Tesoro, Secretario Legal y Técnico de la Presidencia de la Nación y por último, Ministro de Justicia.

Tuve el privilegio de asistir como Observador a diversos Congresos y Simposios convocados por distintos defensores europeos, sin ser europeo y sin ser Ombudsman. Aquí

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

va pues, mi gratitud y reconocimiento sincero a todos aquellos Ombudsman que me abrieron las puertas del conocimiento comparado de la Institución.

En octubre de 1992 ya como Ministro de Justicia viajé a Viena, donde se realizaba la V Conferencia Internacional convocada por el Instituto Internacional del Ombudsman (IOI) con el compromiso presidencial de postular a nuestro país como sede de la VI Conferencia Internacional que se celebraría en octubre de 1996.

La misión no era sencilla ya que en esos años la República Argentina carecía de Ombudsman Nacional; solo podía mostrar Defensores provinciales y alguno municipal; además, el proyecto para instituirlo en el ámbito nacional seguía paralizado en el Congreso Nacional. Confiando en la voluntad del Poder Ejecutivo y en la labor que habíamos desarrollado en nuestro país, el IOI decidió aceptar en principio esa postulación condicionándola a la producción de hechos efectivos que concretaran los deseos del Presidente de la Nación y de quienes auspiciábamos la institucionalización del Ombudsman nacional. En la segunda mitad del año 1993 los tiempos se acortaban; la reunión del Consejo Directivo del IOI se realizaría en octubre de ese año y allí sería ratificada la decisión de Viena o, en su defecto, se retiraba la candidatura de la Argentina. Mientras tanto nuestro país todavía no tenía su Ombudsman Nacional. Aquel proyecto de conferir a la República Argentina el privilegio de ser sede de un evento internacional en 1996, estaba a punto de sucumbir. La condición era expresa: si la Argentina no tenía su Ombudsman nacional para octubre de ese año, la candidatura sería desechada. La necesidad de mostrar al mundo la firme decisión de instituir la figura y la oportunidad de poner en evidencia ante el Poder Legislativo nacional la ratificación de esa voluntad, motivaron el dictado del decreto nº 1786 del 26 de agosto de 1993.

Por ese Decreto se creó la figura del Defensor del Pueblo en el ámbito del Poder Ejecutivo con la misión de proteger los derechos e intereses de los habitantes contra actos, hechos u omisiones de la Administración Pública Nacional. Tres meses después de ese Decreto fue sancionada la Ley.

También en esos días como Ministro de Justicia, tuve el orgullo de propiciar la creación del primer Ombudsman especializado de nuestro país. Se trata del Procurador Penitenciario, instituido por decreto nº 1598 de fecha 29 de julio de 1993 con la misión de proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el régimen penitenciario federal. Obviamente esa propuesta fue apoyada por el Presidente de la Nacion quien suscribió el decreto pertinente. Aclaro que en el año 2003 ese Decreto fue derogado y sustituido por la Ley 25.875 que creó el Procurador Penitenciario como Ombudsman sectorial especializado en la órbita del Congreso de la Nacion.

Cuando los tiempos parecían agotarse en noviembre de 1993, la Cámara de Diputados de la Nación dio su aprobación a aquel proyecto largamente acariciado. Una posterior intervención del Senado culminó el 1 de diciembre de 1993 cuando el Congreso Nacional sanciona la ley nº 24.284 que instituye la Defensoría del Pueblo de la Nación. El día 2 de diciembre de 1993 fue dictado el decreto nº 2469 suscrito por el Presidente Provisional del Honorable Senado de la Nación, a cargo del Poder Ejecutivo y refrendado por el Ministro de Justicia promulgando la ley nº 24.284.

El día 17 de octubre de 1994 asumí las funciones como Primer Ombudsman Nacional. A poco de culminado el acto realizado en el Congreso Nacional, los periodistas allí presentes me preguntaron cómo podía ser creíble ante la sociedad un Defensor del Pueblo que asumiera poco tiempo después de abandonar sus cargos en el Gobierno. Uno de ellos me preguntó si en realidad, no había un *"Ombudsmenem"*, en lugar de un Ombudsman. Mi respuesta no se hizo esperar. Sólo dije *"veritas filii tempori"* (la verdad es hija del tiempo). No fue una apreciación oportunista sino la manifestación

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de un firme compromiso que tenía conmigo mismo, con parte de mi historia personal y con esa figura a la cual no podía defraudar.

Comenzaba allí un arduo camino en el cual debía asumir el compromiso de no abdicar de las enseñanzas que había recibido. La tarea no era sencilla; se trataba de dar vida a una Institución nueva en nuestro país pero prestigiada y reconocida en el mundo entero. Había que hacerlo todo desde la nada. Había que dotar a la Institución de los recursos humanos y materiales necesarios para cumplir sus funciones pero, por sobre, había que insertarla en el entramado social e institucional como algo que no fuera "más de lo mismo". Posteriormente en octubre de 1996 fui el anfitrión de aquella VI Conferencia Internacional de Ombudsman cuya sede había sido ofrecida en Viena en 1992. Más de 700 participantes y representantes de 85 instituciones estatales de todo el mundo se dieron cita en Buenos Aires convirtiéndola, durante los días 18 al 25 de octubre, en el centro de la atención mundial de los Ombudsman.

Ese mismo año 1996 fui designado por el Consejo Directivo del IOI. Vicepresidente de ese Instituto Internacional; posteriormente el 28 de octubre de 1998, en Islamabad, República Islámica de Pakistán mis colegas del mundo me eligieron Presidente del Instituto Internacional del Ombudsman, aquel Instituto al cual yo había acudido en 1992 pidiendo que confiaran en la Argentina. Tuve el honor de ser el primer iberoamericano que ocupó este alto cargo como obvio reconocimiento al desarrollo que la figura había tenido en esta parte del mundo.

Algunos de estos acontecimientos aspiran a ilustrar a los lectores a fin de que comprendan cuál es el origen de mi profundo compromiso con la figura del Defensor del Pueblo y el énfasis que puse tanto cuando ejercí las funciones como cuando trasmito mis ideas con la convicción y experiencia, más allá del acierto de las mismas.

Aquí debo recordar que en la edición anterior sostuve- y lo reitero ahora- que debe ser *"un compromiso irrenunciable de los futuros gobernantes"* el respeto a la figura del Defensor del Pueblo; Eduardo Menem lo destaca en el prólogo de la segunda edición; lamentablemente no ha sido así como lo explicaré más adelante ya que a la fecha, son 12 años que la Institucion está en estado vegetativo sin titular.

Mi *"romance intelectual"* con el Ombudsman no terminó en 1999. En el año 2004 fui invitado en mi condición de ex Presidente del IOI a la VIII Conferencia Mundial de Ombudsman que se realizó en Quebec, Canadá. Allí tuve la ocasión de disertar sobre la figura en particular sobre el tema "La situación social y el Ombudsman".

En esa oportunidad ante mis ex colegas del mundo plantee una alternativa que llamó la atención de los asistentes; como sabemos al Defensor del Pueblo lo elige una mayoría agravada de dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara del Congreso de la Nacion pudiendo ser eventualmente reelegido; para evitar que quede expuesto al cuestionamiento de los legisladores por la independencia con que ha actuado propuse que para la reelección se acudiera al voto de sus defendidos, es decir, el pueblo. De esa forma sus destinatarios podrían decidir si quiere seguir siendo defendido por la misma persona o si en cambio, cosecha más rechazos por su falta de compromiso con las funciones que tiene asignadas.

II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN LA ACTUALIDAD

En los últimos años la evolución de la Institución no escapó a las profundas transformaciones que se operaron en nuestras sociedades. Hoy la realidad de nuestra América Latina es muy diversa a la de cuarenta años atrás: los regímenes democráticos

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

felizmente se han generalizado al mismo tiempo que los Gobiernos se ven comprometidos en funciones diversas que, en muchos casos, exceden las clásicas de un Estado clásico.

En varios países de la región la institución del Defensor del Pueblo nació cuando estaba muriendo el Estado empresario, cuando el Estado de Bienestar había desaparecido; por ello se encontró, en sus primeros años de funcionamiento con una sociedad muy distinta a la que acompañó su evolución en todo el mundo cuatro décadas atrás; nació en sociedades con vocación participativa, demandantes de mejor calidad de vida, de derechos económicos, sociales y culturales y con una creciente conciencia sobre su rol activo en las democracias modernas.

Durante los años en que el Ombudsman se ha difundido de manera generalizada a partir del final de la segunda mundial se han producido dos hechos que impactan fundamentalmente en su labor; el primero se produjo en 1989 con la caída del muro de Berlín; a partir de ese momento nada fue igual en Europa ni en el mundo; comenzó paulatinamente la globalización que hoy domina el concierto mundial; pero en el año 2020 se produce otro hecho que transforma el escenario de todo el mundo. Con la pandemia del COVID19 y sus desvastadores efectos sanitarios, económicos, afectivos, educacionales, psicológicos, entre otros, se modificó sustancialmente el terreno sobre el cual actúa el Ombudsperson. Ante la gravedad y dimensión de la crisis sanitaria y económica que afecta y afectará a toda la Humanidad resulta necesario ubicar en este contexto inédito al Defensor del Pueblo.

Debo confesar que el Mundo y la sociedad con la cual se encontrará el Ombudsman, Defensor del Pueblo o como se lo llame para ejercer sus funciones, será muy diverso al que tuvo cuando nació hace dos siglos; también muy diferente al que existía cuando floreció después de la Segunda Guerra Mundial y también diverso al que existía en América Latina cuando se difundió por la gran mayoría de los países de la Región.

Aquí no se trata de que está naciendo el Estado de Bienestar, del Estado interventor o el Estado abstencionista; la pandemia ha trastocado la vida de cada uno y de todos los habitantes de la Humanidad. Ya no es el problema que sufre una sociedad ante otra más desarrollada. Aquí se trata de que el tejido social y económico de todas las sociedades se encuentra gravemente lesionado por lo cual los Gobiernos tendrán la difícil misión de restaurar la confianza y acrecentar sus esfuerzos para superar esos desequilibrios económicos, sanitarios, sociales, entre otros.

Y allí los Defensores del Pueblo deberán asumir un rol activo acompañando a las autoridades pero sobre todo, conteniendo y protegiendo al pueblo de los abusos y arbitrariedades que se pueden cometer y que se han cometido desde el Poder Público.

Por ello nunca más necesario que exista una Institución con los perfiles del Ombudsman que acoja los reclamos del pueblo, que seguramente se multiplicarán como consecuencia de las falencias y carencias que existen; así, por ejemplo, la desocupación, la inseguridad, la falta de vivienda, alimentación, salud, educación y así podría continuar con cada uno de los derechos individuales y sociales que son las más inmediatos; seguramente el Defensor del Pueblo deberá asumir un rol más mediador que nunca ya que será el interlocutor válido ante las autoridades para canalizar las inquietudes y necesidades de la población.

La Pandemia en tiempos de globalización y esta es la gran diferencia con todas las anteriores, se ha expandido rápidamente en todo el planeta. Prácticamente nadie ha quedado exceptuado de ser alcanzado directa o indirectamente por el COVID 19. El problema principal y prioritario es el sanitario pero esta pandemia ha desnudado

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

otra realidad incontrastable: la desigualdad, la inequidad en muchas sociedades; así quienes más han padecido los efectos del Coronavirus son los grupos más vulnerables, los más desposeídos; aquellos que son ciudadanos para ejercer un derecho político pero más se asemejan a súbditos en la vida cotidiana; por ello han salido a la luz la discriminación, la postergación social, la falta de derechos esenciales como el agua, la vivienda y la salud, entre otros absolutamente imprescindibles para una vida digna. La pandemia económica a diferencia de la sanitaria es la que más afecta a la población y cuya restauración a niveles aceptables tal vez lleve generaciones.

Es que la globalización llegó también con sus efectos mortales a través del virus. Quienes vivieron la Segunda Guerra Mundial tal vez tengan elementos más objetivos para la comparación pero aquellos que no la vivimos ni sufrimos sus efectos podemos intentar algún ejercicio. Nuestra época está marcada, para bien o para mal por la globalización, fenómeno que *"afectó en gran medida la concepción misma de los Estados, ya que éstos se desenvuelven dentro de referentes tradicionales en los cuales el tiempo y el territorio son partes fundamentales en la forma en la que se organizan y desarrollan. Los tiempos cortos que demanda la globalización y la falta de territorialidad están más cercanos al mercado"* (González Ulloa, 2010)

Es que junto a la pandemia sanitaria como lo adelantara, está la pandemia económica que ha provocado, está provocando y seguirá provocando millones de desocupados, sembrando en todo el mundo la desesperanza y la angustia ya que el aumento de la pobreza que emergerá de la disminución del trabajo, puede terminar causando más muertes que las que se tratan de evitar con la cuarentena. Y allí debe estar el Defensor del Pueblo no proporcionando trabajo ni sustento porque esa no es su función, sino colaborando junto a las autoridades para encontrar soluciones a los problemas que se le plantean.

En las casi cuatro décadas que han transcurrido desde la primera incorporación a una Constitución latinoamericana, el Defensor del Pueblo ciertamente se ha generalizado y ha alcanzado el reconocimiento internacional como lo acabo de puntualizar. No obstante ello, nuevos peligros se ciernen amenazadoramente sobre el futuro de esta institución: proyectos de eliminación, de recorte de sus facultades, cercenamientos presupuestarios, hostigamientos varios, apetencias políticas que amenazan su independencia y en suma, el serio riesgo de que la figura se vaya diluyendo en los países de América Latina; en España ya se han dado algunos ejemplos también.

Una forma poco sutil pero evidente es la inacción de los Estados para cubrir el cargo; dejan a la Defensoría o como se la llame, sin cobertura, inerme, inactiva; es lo que sucede en nuestro país donde hace 12 años que está vacante la Institución en el orden nacional. Debe recordarse que se trata de una figura prevista en la Constitución Nacional que se encuentra sin su titular; varias voces se han alzado voces contra este verdadero desinterés de los gobernantes hacia la figura (Menem, 2019).

Incluso la doctrina extranjera se ha ocupado del tema poniendo de manifiesto el uso desviado que se hizo de la Institucion para proyectarse políticamente. Asi el profesor Jose Manuel Jerez ha expresado que "*El caso argentino es muy aleccionador, nos muestra por qué* todas *las constituciones políticas, la Asamblea General de la ONU, así como los* Principios de París y Venecia, insisten en no llevar a esa función estatal a ningún activista político. En efecto, en dicho país, un año antes de la elección de "El Defensor del Pueblo", Eduardo Mondino renuncia a su partido y a toda actividad política" con el objetivo de llegar a ser "Defensor del Pueblo". Logrado ese objetivo, este Defensor del Pueblo, utiliza dicha institución como plataforma política que lo lleve a Senador Nacional por la provincia de Córdoba, por el Partido Justicialista. ¡Nunca dejó de ser activista político! Ahora, el daño que le infligió a dicha institución

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

y a la democracia argentina con su renuncia en el 2009, ha mantenido acéfala dicha institución hasta el día de hoy". El Ombudsman en Latinoamérica: el emblemático caso argentino, Acento, 25 de febrero 2021.

Recordé hace dos años *"cómo se llegó a esta situación de vacancia durante diez años. En estos casi 25 años desde su fundación, la institución transitó por tres etapas bien definidas: la primera, desde el 17 de octubre de 1994 hasta el 17 de octubre de 1999, en las cuales ejercí el primer mandato constitucional, el Defensor del Pueblo de la Nación tuvo reconocimiento nacional e internacional. La segunda concluyó cuando mi sucesor quien cumplió casi dos mandatos sucesivos, resignó el cargo el 9 de abril de 2009, para postularse como candidato a senador por la provincia de Córdoba. A fines de 2013 también vencieron los mandatos de los adjuntos. Aquí comenzó la tercera etapa, por lo cual la institución quedó interinamente inicialmente a cargo de su secretario general y posteriormente está a cargo del subsecretario general el cual carece de las facultades esenciales que otorga la Constitución Nacional y la ley orgánica para desempeñar en plenitud sus funciones."* (Maiorano, 2019)

En mi opinión no se trata de una omisión por la consideración de temas más urgentes; como lo he manifestado en varias ocasiones públicamente; entiendo que la omisión es responsabilidad de todo el arco político que no le asigna la trascendencia que debe tener a esta Institución. Como lo señalé más arriba creo que la dirigencia que nos gobierna prefiere tener a la Institucion en estado vegetativo y no cumpliendo el mandato constitucional de defender los derechos humanos y controlar el ejercicio de las funciones administrativas. Incluso me animo a afirmar que la Institucion no será cubierta por un titular durante los próximos años, todo indica que el actual Gobierno argentino no quiere ser controlado.

Es que el Defensor del Pueblo siempre camina por la cornisa. Es acosado por la sociedad y por los Gobiernos. Por la sociedad quien generalmente busca en él las soluciones que el gobierno no le da; siempre espera más de su gestión en alguna medida ilusionada por la generosa denominación de Defensor del Pueblo. Por el Gobierno porque se resiente por las acciones de impronta popular. La figura del Defensor del Pueblo tiende a incomodar a la mayoría de los gobernantes. Esto genera un severo obstáculo: el de la autocensura, la autolimitación, a la que converge la amenaza sobre la subsistencia de la institución. El Ombudsman debe recordar siempre que nadie acude a sus oficinas a expresar su complacencia con el Gobierno de turno.

Dos son las razones que explican, a mi juicio, esta circunstancia:

1) la apetencia partidaria de convertir a la institución en un botín político, de tal forma que a ella acceden quienes desconocen la figura y sólo muestran una militancia política partidaria ya sea con su complacencia o connivencia por el poder de turno. En la medida que se pretenda utilizar el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación para el amiguismo o como trampolín para la política, se estará mancillando el nombre de la institución.

Por esa razón entiendo que debe modificarse la Ley orgánica del Defensor del Pueblo (LODP) representada por las leyes 24.284 y 24.379, a fin de prohibir que quien ejerza la titularidad de la Institucion pueda postularse a todo cargo político resultante de elección popular por el plazo de 2 años después de finalizado el mandato.

2) la circunstancia de que todo Defensor que cumple cabalmente su función y que comienza siendo una figura simpática para las autoridades, termina convirtiéndose en una pesadilla para los gobiernos que optan por bajarle el perfil sustituyendo a sus titulares.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Para comprender plenamente las razones que acabo de exponer, vale recordar que:

a) en un comienzo, la incorporación de la figura encontró un obstáculo casi excluyente: su desconocimiento por la dirigencia política que creía ver en el ombudsman un injerto de otras culturas y motivado por razones ajenas; hoy, en cambio, el principal obstáculo es precisamente el inverso: los políticos conocen demasiado a la figura y saben cuánto puede molestar una institución que actúa alejada de intereses partidarios, con independencia de finalidades mezquinas y que soluciona las insatisfacciones de los ciudadanos;

b) las primeras aplicaciones de la institución la presentaron en una firme defensa de los derechos humanos contra las violaciones producidas desde el propio Estado en forma de acciones; hoy, en cambio, al compás de las restricciones presupuestarias y la situación de vacancia que se visualizan en muchos casos, se corre el riesgo de que se naturalice la falta de un Defensor del Pueblo.

Cierto es que también advierto un factor que puede contribuir a sostener la figura. En los años '80, el ombudsman fue instituido -para decirlo gráficamente- de *"arriba"* hacia *"abajo";* es decir, fueron las autoridades las que incorporaron una figura que la sociedad no conocía, en algunos casos, incluso, para mostrar al mundo una patente de identidad democrática; hoy en cambio, al amparo de las permanentes violaciones que se producen y las consecuencias de la pandemia que afecta a la Humanidad cuyos efectos se sentirán por mucho tiempo se dan pues, las condiciones para que la figura crezca o brote de *"abajo"* hacia *"arriba"*. Hoy es el pueblo, es decir los de "abajo" quienes piden y reclaman que alguien los defienda de los abusos o de las omisiones del poder público o privado.

América Latina hoy está poblada de Defensores del Pueblo; esto evidencia un notable avance cuantitativo sobre la situación que se verificaba a comienzos de la década de los años '80; algunas de esas instituciones ya pueden mostrar varias *"generaciones"* de Defensores; pero a cambio, cabe recordar las vicisitudes que han sufrido los titulares de esas instituciones y las declaraciones que tuvo necesidad de formular la Federación Iberoamericana de Ombudsman para frenar aviesas intenciones de cercenar facultades o presionar a los Defensores. Como lo señalaré más adelante hay varios ejemplos en nuestro País y en América Latina que demuestran la veracidad de esta afirmación.

Por eso sostengo que el Defensor del Pueblo en América Latina no es ni mucho menos, una obra acabada. Hoy las urgencias son otras: urge fortalecer a estas instituciones demostrando a los gobiernos que los Defensores o Procuradores no son sus enemigos, no pretenden con sus críticas socavar al poder sino en cambio, ilustrarlo y sensibilizarlo para que conozcan las insatisfacciones cotidianas del pueblo que van minando la confianza en sus instituciones; urge poner en evidencia que los ajustes presupuestarios nunca pueden justificar la eliminación o debilitamiento de una institución benéfica para los pueblos y que sólo puede molestar al soberbio y al autoritario.

III. EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION ARGENTINA

La competencia del Defensor del Pueblo de la Nación surge después de la reforma constitucional, de los artículos 86, 43 y concordantes de nuestra Carta Magna, de los artículos 1°, 14° y concordantes de la LODPN, del artículo 6° de la ley n° 24.747, reglamentaria de la iniciativa popular y del artículo 34 de la ley 25.326 reglamentaria de la acción de habeas data.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Una idea inicial preside el análisis de este importante tema: a diferencia de lo acontecido en la mayoría de los países que han institucionalizado esta figura, en la República Argentina se dio la particular situación de que la Institución originariamente fue prevista por el legislador con sus funciones de defensa de los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad (art. 1º, 2do. párrafo LODPN) y posteriormente fue elevada al rango constitucional con una mayor precisión y definición de sus funciones y con un aumento considerable de facultades al asignársele legitimación procesal. (conf. arts. 86 y 43 C.N)

De acuerdo a las normas citadas, las funciones del DPN son dos:

1) la defensa y protección de los derechos humanos, demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes;

2) el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas (Art. 86 C.N. y art. 1º LODPN). Si bien pueden considerarse dos funciones diversas, en realidad son obviamente correlativas y complementarias. En realidad, son dos caras de una misma moneda.

Cuando el DPN inicia una actuación en ejercicio de su función de control, está protegiendo los derechos fundamentales; a la inversa, cuando comienza defendiendo los derechos humanos culmina controlando al organismo o funcionario cuestionado.

Veamos los siguientes ejemplos: si una autoridad regulatoria no convoca a audiencia pública para debatir una cuestión de interés colectivo y el DPN interviene controlando la causa de esa omisión, con su intervención está protegiendo los derechos de los usuarios a quienes se vulnera el acceso a una información adecuada y veraz, conforme lo prescribe el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Por el contrario, si el DPN inicia una actuación a petición de un enfermo de HIV que no recibe la medicación adecuada y sufre el agravio en su derecho a la salud, a partir de ese caso que llega a su conocimiento, el DPN terminará investigando la causa de esa disfunción y precisando si se trata de un caso aislado o de una falencia generalizada.

1. Competencia de origen constitucional

Del artículo 86 de la C.N. surgen dos cometidos principales:

1. la función tutelar o de custodia de los derechos humanos y de los demás derechos y garantías previstos en la Constitución, los tratados internacionales y las leyes, con especial referencia a los derechos que protegen el medio ambiente, la competencia, los usuarios y consumidores, los derechos de incidencia colectiva y contra todo tipo de discriminación;

2. como obvio complemento de esa función, ejerce también el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas; de tal forma quedan incluidas dentro del ámbito funcional de su competencia las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos (art. 17, LODPN).

2. Función de defensa y protección

La primera de las funciones contemplada en el citado art. 86 dispone que: "...Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración..."

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

a. Derechos Humanos.

Inicialmente, vale destacar el énfasis puesto por los convencionales en la descripción de los valores protegidos, al reiterar el vocablo "derechos" en dos oportunidades y al establecer que también las garantías y los intereses deben ser protegidos.

Es connatural a cualquier teoría general de los derechos humanos hacer frente a interrogantes radicales o cuasi – radicales del tipo de ¿qué son los derechos humanos?; ¿por qué han de ser asumidos por el Derecho?, o ¿cuáles son los derechos que han de ser reconocidos inexcusablemente como humanos?

Sobre los derechos humanos se han escrito cientos de volúmenes y aún se escribirán muchos más, porque es uno de los temas más importantes para el ser humano, es el que se refiere a su dignidad, y esa es una cuestión compleja que puede ser examinada desde múltiples perspectivas y por las más diversas disciplinas. Así, por ejemplo, desde la visión que los considera como factor social de integración, sostiene Smend que la función primordial de los derechos fundamentales del hombre no es solo afirmar su posición frente al Estado, sino lograr integrar al hombre con el Estado y con la sociedad haciendo de ésta un verdadero tejido de solidaridad. Dicha integración se propone a través del ordenamiento jurídico de cada país, poniéndole límite y reglamentación a la actuación estatal, pues dicha intervención debe estar imbuida de la sustancia que constituye cada derecho: el límite está determinado por lo limitado. En síntesis, en los derechos fundamentales vio Smend, un medio de integración objetiva y el fundamento para la unidad política.

La Historia de la Humanidad es un continuo tejer y destejer de abusos cometidos por la autoridad y de luchas a veces encarnizadas por la libertad. Si sombrías son las páginas de la Historia que hablan de la intolerancia y de las arbitrariedades cometidas por dictadores, caciques, reyes absolutos y generales, también es gloriosa la historia de la Humanidad que ha esculpido monumentos inmortales en defensa de la libertad y de la justicia, tales como Hammurabi, la Carta de Neuchatel, la Carta Magna, el Bill of Rights, entre otros.

En este sentido, la larga marcha de los pueblos hacia las ansiadas metas del derecho y la justicia, desde su prehistoria hasta finales del siglo XX, corre paralela con la toma de conciencia de las sociedades y los individuos sobre sus derechos fundamentales. Ahí están para demostrarlo tres monumentos estelares de este alborear de la conciencia ciudadana mundial: la Declaración del pueblo de Virginia, que recogerá la de la independencia americana en 1776; la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948.

Recordemos a finales del siglo XVIII se produjo una ebullición de declaraciones de derechos en dos lugares muy precisos del mundo: en las colonias inglesas de América que más tarde sería un país independiente, los Estados Unidos y en el Reino de Francia caracterizado por el más crudo absolutismo el cual como consecuencia de la llamada Revolución, se convertiría en una República.

Con el impacto de la Primera Guerra Mundial proliferaron nuevas declaraciones que volvieron a ponerse en la línea de proclamar y proteger los derechos humanos: la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917), la Declaración soviética de los derechos del pueblo trabajador y explotado (1918) o la Constitución de Weimar (1919). Pero la vocación de dimensión internacional, aunque fuera con alcances parciales, se adquirió con la Declaración de los Derechos del Niño o Declaración de Ginebra, adoptada en 1924 por la Sociedad de las Naciones.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

El impulso decisivo para una posterior declaración con alcance universal fue una consecuencia directa de la siguiente guerra mundial: la Carta Atlántica. Terminada la guerra se firmó la Carta de las Naciones Unidas, el 26 de junio 1945 –el primer tratado internacional cuyos objetivos se basan expresamente en el respeto universal de los derechos humanos–, a la que siguió el Acta constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en 1945. Se advierte así, que la protección de los derechos humanos ha formado parte de la misma fundación de la Organización de las Naciones Unidas. Tras tres años de haberse creado, se consideró necesario un reconocimiento universal y específico de esos derechos, por lo que se firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en París, el 10 de diciembre de 1948.

Los derechos humanos quedaron definidos internacionalmente en estos términos y alcance: «como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respecto a estos derechos y libertades, y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto en los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción».

Desde la Declaración, ha sido uno de los objetos principales de la ONU desarrollar sus contenidos, dotándose de nuevos instrumentos a lo largo de los años. Eso empezó a ponerse en marcha ya en una fecha tan cercana a la Declaración como el 12 de agosto de 1949, fecha en que se firmó el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), aprobado por la Conferencia diplomática para elaborar convenios internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra.

Una vez terminada la última Gran Guerra Mundial, se impuso la idea de que para evitar nuevamente sus horrores era indispensable que fuera la comunidad internacional la que estableciera reglas claras de reconocimiento de las libertades más esenciales.

Así entonces, los llamados Derechos Humanos de la segunda generación, alcanzaron un definido status internacional el 16 de diciembre de 1966 cuando la Asamblea General de la ONU, mediante la Resolución XXI, adoptó junto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En las últimas décadas y buscando completar el área de tutela de los Derechos Humanos, han aparecido a la luz pública los denominados derechos de la tercera generación o derechos de la solidaridad, es decir, aquellos que superan el egoísmo y la exclusividad de los individuales, el interés sectorial de los sociales y que se fundamentan en su incidencia colectiva; su principal particularidad radica precisamente en que sus titulares ya no son tanto individuos particulares sino grupos, colectivos o colmenas de personas. Son derechos que se remiten a exigencias sociales que irrumpen en el panorama político y que se caracterizan por su pluralidad en la medida que se refieren a valores comunes como la calidad de vida, la protección del patrimonio cultural y artístico, el derecho al medio ambiente, a la protección del universo de usuarios y consumidores, la protección ante la inseguridad.

Nuestros convencionales constituyentes sabiamente contemplaron estos nuevos valores no ya como intereses difusos o colectivos sino como auténticos derechos de incidencia colectiva asignándole al DPN su defensa jurisdiccional (art. 43).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Aquí se supera aquella regla tradicional que rezaba *"lo que es de todos no interesa a ninguno";* hoy, lo que es de todos, interesa a todos y a cada uno como parte integrante del conjunto.

En este estadio del proceso se ha transitado de lo individual a lo social y de lo social a lo comunitario imbuido de solidaridad. Como sostiene M. Bedjaoui, estos derechos se sitúan en la intersección del individuo, del pueblo, del Estado y de la Humanidad, lo que enriquece y, al mismo tiempo, torna más complejo el derecho internacional de los Derechos Humanos (Droit International: bilan et perspectives, tomo I, página 15, UNESCO)

La Constitución histórica contiene en su primera parte, una serie de preceptos jurídicos que determinan la esfera de libertad de la persona frente al poder estatal definiendo las prerrogativas y deberes políticos de los hombres y grupos sociales, ya sea en las relaciones de los hombres entre sí como frente al Estado.

Así, por ejemplo, de manera implícita, el derecho a la vida; el derecho a la dignidad humana que, aunque no está previsto expresamente, se manifiesta en otros derechos tales como de la intimidad, a la protección del honor, al desenvolvimiento de la personalidad, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, prohibición de azotes y torturas; la libertad de creencias; el derecho de petición a las autoridades; el derecho de reunión y de manifestación; el derecho de asociación; los derechos políticos; el derecho de réplica; los derechos de enseñar y aprender; el derecho de propiedad; el derecho de trabajar; el derecho de comerciar; los derechos de la seguridad social; el derecho a la igualdad ante la ley; los derechos de la familia; los derechos a la nacionalidad y a la ciudadanía.

La reforma de 1994 ha incorporado un segundo capítulo con nuevos derechos y garantías: 1) defensa del orden constitucional y del sistema democrático; 2) derecho de resistencia; 3) defensa del patrimonio público; 4) derecho al sufragio; 5) derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos electivos; 6) derecho a la creación y organización de partidos políticos; 7) derecho a la iniciativa popular; 8) derecho a la consulta popular; 9) derecho al ambiente sano; 10) derechos del usuario y del consumidor y de la competencia; 11) amparo, hábeas data y hábeas corpus; 12) derecho al secreto periodístico; 13) derechos de los pueblos indígenas; 14) derecho al desarrollo; 15) derecho a la igualdad de oportunidades y de trato.

A pesar de que el artículo 86 no menciona expresamente a los instrumentos internacionales del art. 75, inc. 22 Constitución Nacional que ostentan jerarquía constitucional, son asimilados por aquella norma por cuanto si el objetivo es la defensa y protección de los derechos humanos, obviamente no pueden quedar excluidos de la órbita de garantía, los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales que por su riqueza axiológica, han sido considerados el núcleo esencial de la reforma de 1994.

Los sucesivos Informes Anuales presentados al Congreso de la Nación ilustran acerca de cuáles son los derechos humanos precisos que han motivado su intervención. Digo precisos ya que ante la Institución no llegan abstracciones dogmáticas sino violaciones concretas, con nombre y apellido de ciudadanos que han visto menoscabados, agraviados, vulnerados o desconocidos esos derechos humanos reconocidos sabiamente en los textos normativos pero cotidianamente violados por las autoridades públicas, por acción o por omisión.

Los Informes Anuales van identificando un verdadero catálogo de derechos humanos violados. Así por ejemplo, son objeto de tutela el derecho a la igualdad, a la seguridad personal, los derechos de los discapacitados, de los reclusos en cárceles federales y

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

provinciales; el derecho de propiedad, los derechos de los niños y de los ancianos; el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado; el derecho a la preservación del patrimonio natural y cultural; los derechos de los usuarios y consumidores; los derechos de los enfermos internados en establecimientos neuropsiquiátricos; los derechos de las personas que padecen enfermedades que requieren asistencia pública, por ej. los enfermos de HIV (Defensor del Pueblo de la Nación, 1995).

Los Informes Anuales dan cuenta de la inserción de la Institución en la sociedad y consecuentemente del mayor conocimiento de los problemas que quedan así individualizados claramente.

Así, el DPN ha intervenido en la etapa fundacional en temas tan diversos como:

1. protección de los derechos de las comunidades indígenas de nuestro país, ante el reconocimiento de su preexistencia étnica y cultural; la garantía al respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe, entre otros derechos reconocidos a este colectivo, por el artículo 75, inciso 17 de la CN;

2. protección de las personas discapacitadas por la falta de reglamentación de la ley 24.314; la supresión de barreras arquitectónicas en entidades bancarias, públicas y privadas; el tránsito de esas personas por las rutas concesionadas;

3. la discriminación de la mujer en el ejercicio de sus derechos;

4. la discriminación laboral por la aplicación de la modalidad “días no laborables” a las festividades reconocidas por las comunidades judía e islámica; por enfermedad, en el caso de diabetes;

5. protección del derecho a la identidad en casos tales como la identificación y documentación de personas internadas en hospitales neuropsiquiátricos;

6. protección del derecho de acceso a la justicia, como ocurrió con la causa planteada originariamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y frente a su rechazo, presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

7. protección de derechos de incidencia colectiva como el medio ambiente ante agravios generados por contaminación atmosférica, contaminación de aguas, residuos peligrosos, entre otros. En esta materia, como se ha afirmado con acierto, uno de los principales déficits que parecen observarse en materia de gestión ambiental es la desnaturalización que sufren dos herramientas esenciales para la protección ambiental como son los estudios de Impacto Ambiental y las Audiencias Públicas (Bulat, 1998);

8. defensa y tutela de los derechos de usuarios y consumidores ante su desconocimiento por actos u omisiones del poder público y de las empresas privadas prestadoras de servicios públicos esenciales;

9. protección del derecho a la salud cuando el mismo es desconocido por falta de medicamentos; por hospitales carentes de recursos humanos y materiales; por demora en la provisión de vacunas; por desconocimiento del mismo por las empresas prestatarias de servicios médicos prepagos; cumplimiento de los programas de prevención del SIDA y de la drogadependencia;

10. protección de los derechos de la seguridad social ante atrasos en los trámites previsionales; falta de pagos de retroactividades.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

b. Garantías

Las garantías, por su parte, son mecanismos creados por la Constitución con la finalidad de posibilitar y proteger el ejercicio de los derechos y libertades o, como sostiene Padilla, procedimientos o medios a través de los cuales se logra la efectiva vigencia de un derecho que haya sido negado o vulnerado (Padilla, 1996).

La Primera Parte de la Constitución Nacional titulada "Declaraciones, Derechos y Garantías", emplea este último vocablo en los artículos 5º, 23, 28 y 33; en su versión histórica sólo contenía y definía las declaraciones y los derechos careciendo, prácticamente, de ejemplos de garantías.

Otra de las importantes reformas introducida en la Constitución Nacional por la Convención Nacional Constituyente convocada en 1994 fue, precisamente, la constitucionalización de garantías formales, tales como la acción de amparo, el hábeas data, el hábeas corpus. Se ha puesto de manifiesto la trascendencia de esta incorporación de la figura del Defensor del Pueblo; no es lo mismo que las garantías estén previstas por la ley formal a que se encuentren contempladas en la Carta Magna.

c. Intereses

En lo que atañe a los *"intereses"* si se recurre a la clasificación de *"interés legítimo"* e *"interés simple",* no se advierte que los segundos hayan sido excluidos de esta protección; por consiguiente, el Defensor del Pueblo tiene obligación de intervenir aun cuando se invoque un interés simple, tanto para admitir la legitimación activa de quien lo hace como para disponer se investigue el asunto, respaldado como lo está por la amplia informalidad de sus procedimientos y desde luego, nada menos que por la disposición constitucional.

Aquí se aprecia sustancial coincidencia entre la LODPN, la cual en su artículo 1º encomienda a la Institución la protección de los intereses de los individuos y la comunidad y el art. 86 de la C.N. que prescribe las facultades tuteladas, entre ellas, los *"...intereses ..."*.

Téngase en cuenta en otro orden de ideas, que las palabras *"ante hechos, actos u omisiones de la Administración"* son de una notable amplitud, al extremo de que comprenden a cualquier autoridad administrativa provincial o municipal que se desempeñe en nuestro país y también a los órganos judiciales cuando ejercen función administrativa.

3. Función de control

La segunda función está contemplada en la última parte del primer párrafo del art. 86 antes citado, señalando que es incumbencia del Defensor del Pueblo "...el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas".

Como recuerda Humberto Quiroga Lavié convencional constituyente de destacada participación en la redacción definitiva del comentado artículo 86, en el despacho de la Comisión Redactora la competencia del Defensor era controlar las funciones administrativas estatales.

4. Competencia según la ley

Por su parte, la LODPN determina que el objetivo fundamental de "esta Institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14" (art. 1º, 2do. párrafo).

El citado artículo 14 prescribe que la investigación que llevará a cabo la Defensoría será a los efectos del esclarecimiento de *"actos, hechos u omisiones....que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos*".

Los supuestos enunciados, como se puede comprobar, van desde actos propios de la disfuncionalidad administrativa, característica de los Ombudsman clásicos hasta casos de violaciones de derechos fundamentales en los casos de arbitrariedad y discriminación.

En la primera edición de esta obra comentando el proyecto Menem – Sánchez expresamos: *"singular importancia reviste la inclusión expresa de los comportamientos aptos para alterar o dañar los ecosistemas naturales. El proyecto aprobado incursiona, de modo precursor, en la protección de los intereses difusos vinculados con la defensa de la ecología o del medio ambiente. Se ha expresado con acierto que la protección del medio ambiente y la defensa de los intereses difusos, íntimamente ligada a la primera, son problemáticas que ocupan hoy un lugar privilegiado en las investigaciones jurídicas. Sin llegar a constituir una categoría jurídica aceptada sin ambages, el interés difuso o colectivo ha determinado que, con anterioridad, un sector de la doctrina se pronunciara a favor de la corporización de su defensa en un funcionario con similares facultades al Ombudsman escandinavo...*".

5. Armonías y desarmonías de la C. N. y la LODPN

La circunstancia de que se haya sancionado primero la ley orgánica del Defensor creando la Defensoría del Pueblo y luego nueve meses después, el artículo 86 de la CN haya previsto la figura del Defensor del Pueblo (de la Nacion) puede generar alguna confusión, más allá de que en la primera norma se hace referencia a la Institución y en la segunda se pone especial hincapié en la persona que ocupa esa Institución.

En primer lugar señalo que no existen dos Defensores del Pueblo: la institución es la misma; lo que diferencia a una reglamentación de la otra, además del rango jurídico antes apuntado, son las funciones y las facultades que tiene asignadas para el cumplimiento de las mismas.

Lo que sucede es que la primera reglamentación prevista por la ley 24.284, luego modificada parcialmente por la ley 24.379, configuró al Defensor del Pueblo de acuerdo al modelo clásico europeo de origen nórdico donde la figura, tradicionalmente, no necesitó de otro recurso que la persuasión para cumplir su cometido; como su actividad estaba limitada a lo que se denomina *"maladministration"* o *"disfuncionalidades administrativas*" ningún compromiso tenía con los derechos humanos; en cambio, la Constitución Nacional le ha asignado claramente dos funciones diferentes aunque complementarias:

a) la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la misma Constitución Nacional y las leyes;

b) el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Otra diferencia fundamental entre las dos normas antes señaladas y que le asigna un matiz peculiar a la conformación constitucional radica en la atribución de la facultad

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de actuar procesalmente mediante la legitimación. El diseño que el constituyente le ha atribuido al Defensor del Pueblo de la Nación al conferirle *"legitimación procesal"* lo ha ubicado desde 1994 a la vanguardia de los modelos vigentes en el derecho comparado; es que, además de la clásica atribución de *"convencer antes que vencer",* de *"persuadir antes que sancionar"*, *"incidir antes que decidir",* le atribuyó la posibilidad de acudir a los estrados de la Justicia (y de la propia Administración) para interponer acciones y recursos.

El último párrafo del artículo 86 de la Constitución Nacional, dispone que *"la organización y funcionamiento de esta Institución serán regulados por una ley especial"*

Como ya lo he destacado, la norma constitucional fue sancionada cuando ya tenía vigencia la ley nº 24.284, aunque no estaba modificada por la ley 24.379. La ampliación de funciones y cometidos que la Constitución Nacional le ha atribuido al Ombudsman Nacional en comparación con las que tenía asignadas originariamente por la ley nº 24.284, ha provocado un cierto desajuste de las normas que no fue superado totalmente con la sanción de la ley 24.379.

Esas discordancias se presentan en los siguientes casos:

a. mientras la C.N. le asigna la defensa de los derechos humanos, demás derechos, garantías e intereses amparados por la propia Constitución y las leyes, la ley nº 24.284 sólo alude a derechos e intereses de los individuos y la comunidad;

b. ley recién citada no podía pretender mayor vigencia que en el ámbito de la Administración Pública Nacional; la Constitución Nacional, por su parte, en un aspecto de tanto valor como la defensa de los derechos humanos es norma suprema para todo el país y por ende, aplicable a todos los habitantes del suelo argentino. Así como el Presidente de la Nación (art.87) lo es de toda la Nación; la Corte Suprema de Justicia es de la Nación (art. 108), el Defensor del Pueblo del art. 86 lo es del Pueblo de la Nación. La jurisprudencia provincial ha avalado esta tesitura con sólidos fundamentos (Autos: *"Maiorano, Jorge Luis – Defensor del Pueblo de la Nación – s/ recurso de amparo"* Expte. 1092. Fallo de fecha 25 de agosto de 1995. Sala Tercera de la Cámara Criminal de General Roca, Provincia de Río Negro);

c. las normas en materia de obligación de colaboración pesan sólo sobre las autoridades nacionales; no pueden extenderse por la sola invocación de la ley nº 24.284 a las autoridades provinciales;

d. la Constitución Nacional le ha atribuido legitimación procesal, ubicándolo a la vanguardia de las normas comparadas en la materia; por su parte, la ley nº 24.284 guarda silencio al respecto.

Estas razones, apoyadas por la doctrina (Spota, 1997), justifican tanto la utilización provisoria de criterios persuasivos, exentos de coacción jurídica cuando se requiere información a las autoridades provinciales como la reforma de la ley Orgánica a fin de ajustarla con mayor precisión a las normas constitucionales.

En consecuencia, resulta indudable que para tramitar actuaciones sustentadas en el artículo 86 deben aplicarse, con la modulación apuntada, las reglas fijadas en la LODPN; de lo contrario, la norma constitucional sería letra muerta.

En cuanto a los sujetos mencionados en el segundo párrafo del artículo 16 de la LODPN –Poder Judicial, Poder Legislativo, Municipalidad de la Ciudad de Buenos

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Aires (hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y organismos de defensa y seguridad – que resultan exceptuados del ámbito de competencia de la Institución, la solución es distinta cuando se aborda la cuestión dentro del ámbito establecido por la Constitución Nacional.

Para fundar esta afirmación, cabe tener en cuenta:

1. el artículo 86 de la Constitución Nacional se ha limitado a extender el campo de la competencia del Defensor del Pueblo de la Nación, fijada en los artículos 1 y 14 de la Ley Nº 24.284, atribuyéndole además la misión de la *"defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes..."* ante cualquier autoridad pública de la República;

2. no puede dudarse entonces de que se trata de la misma Institución; así lo confirma la identidad existente entre algunos de los preceptos legales y lo que dispone el mencionado artículo 86. En efecto, es el mismo el órgano (Poder Legislativo) que lo designa y con igual mayoría (artículo 2, ley); idénticos la duración del mandato y la posibilidad de una sola reelección (artículo 3 de la ley); e iguales las inmunidades que se le acuerdan (artículo 12 de la ley);

3. no puede atribuirse al constituyente que haya elevado a nivel constitucional una Institución de la envergadura del Defensor del Pueblo acordándole al hacerlo atribución tan significativa como la de proteger los derechos humanos en todo el espacio nacional, e incurriendo al mismo tiempo en la omisión de prever lo conducente a su funcionamiento.

Por lo tanto, la Institución ha acudido a las disposiciones que regulan la actuación del Defensor del Pueblo en las hipótesis relacionadas con los artículos 1 y 14 de la Ley Nº 24.284, para utilizarlas respecto de la competencia adicional otorgada por el artículo 86 de Constitución Nacional.

En este orden de ideas, debe quedar firmemente establecido que por imperio constitucional el amparo de los derechos humanos representa uno de los cometidos fundamentales encomendados al Defensor del Pueblo de la Nación y nada en la citada disposición, puede inducir a pensar que esa alta misión se encuentra territorialmente circunscripta o que debe detenerse ante límites de cualquier otra naturaleza.

Por lo tanto, cuando la Institución recibe una denuncia o investiga de oficio una presunta violación a los derechos humanos, constituye para el Defensor del Pueblo de la Nación un deber insoslayable procurar de la mejor manera posible que la tutela de los mismos sea una realidad en todo el ámbito nacional, superando confines físicos o funcionales. Adviértase que si los derechos fundamentales previstos en la Constitución Nacional rigen para todos los habitantes del país, obviamente la institución que debe tutelarlos debe tener el mismo ámbito territorial; en caso contrario, la institución encargada de defender y proteger esos derechos podría asistir impávida a flagrantes violaciones que se manifiesten en ámbitos locales sin poder intervenir.

Ello implicaría sin lugar a dudas, una absoluta desnaturalización de los derechos humanos y además, la triste configuración de categorías de ciudadanos de primera y de verdaderos marginados por habitar el interior del país o porque sus derechos son violados por las Fuerzas Armadas, de Seguridad, el Poder Judicial, el Poder Legislativo o el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

De no asumirlo de esa manera, es obvio que estaría incumpliendo un transparente mandato constitucional y frustrando el propósito de los Constituyentes que sancionaron la reforma de la Carta Magna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Defensor del Pueblo de la Nación resulta competente para llevar a cabo investigaciones en defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses protegidos por la Ley Fundamental, independientemente de que las autoridades a quienes se les requieran informes sean nacionales, provinciales o municipales.

Sin perjuicio de ello, cabe aquí formular una distinción que ha singularizado dos formas distintas de actuación de la Institución.

En el primer caso, si se trata de una investigación en la cual hay derechos humanos involucrados y una autoridad nacional presuntamente responsable de su desconocimiento, el DPN interviene con toda la fuerza de la coacción jurídica que establece, por ejemplo en materia de apercibimiento, el artículo 25 de la LODPN.

El requerimiento de información a esa autoridad se efectúa entonces, en los términos de la obligación de colaboración que pesa sobre todos los organismos, entes y personas alcanzados por los artículos 16 y 17 de la LODPN. La culminación de esa actuación podrá manifestarse si cabe, a través de una recomendación, advertencia o recordatorio de los deberes legales y funcionales.

En cambio, si se trata de una denuncia sobre la violación o el desconocimiento de los derechos humanos en ámbitos provinciales, se ha optado por otra vía hasta tanto no sea modificada la LODPN y ajustada al texto constitucional.

En estos casos, se solicita información *"a título de colaboración para el cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 86 de la Constitución Nacional"*.

A fin de evitar eventuales cuestionamientos a la intervención de la Institución he preferido acudir, por lo menos en la etapa fundacional, a la vía de la persuasión solicitando colaboración a las autoridades provinciales. Con satisfacción puedo recordar que durante esa etapa la gran mayoría de esas autoridades (Directores de Hospitales provinciales, de cárceles locales, de escuelas del interior del país, etc.) respondieron el requerimiento formulado, acogiendo la actuación de la Institución en el plano de la colaboración crítica.

En los supuestos donde se concluye con una consideración acerca de la violación de los derechos humanos en ámbitos locales, se ha acudido a la fórmula de la *"exhortación"* la cual sustituye a la recomendación.

Se emplea esta fórmula, que casi implica un *"ruego"*, porque creo firmemente que la figura del DPN no debe ser visualizada como invasora de competencias o perseguidora de responsabilidades sino por el contrario, como quien promueve soluciones a los problemas planteados.

Bien es verdad que el artículo 86 *"in fine"* anuncia una futura ley y que durante el debate en el plenario de la Convención Constituyente nada se dijo en cuanto a este punto.

Aun así, los integrantes del Poder Constituyente sabían de la existencia de la Ley Nº 24.284 suponiendo, por ende, que eran sus normas las que regirían el futuro desempeño del Defensor del Pueblo.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

A pesar de la ubicación en la órbita del Congreso de la Nación, el Defensor del Pueblo de la Nación constituye según la doctrina mayoritaria, un órgano extrapoder, que sin formar parte del Poder Legislativo le pertenece y colabora en la defensa de la legalidad.

IV. NOTAS DISTINTIVAS

El DPN es, evidentemente, una institución atípica que no se asemeja a ninguna de las instituciones tradicionales ya conocidas; por ello ofrece notas que lo tipifican con singularidad:

1) la Constitución Nacional adopta el Ombudsman según la versión clásica (modelo parlamentario) con la ampliación de funciones que contempló la Constitución de España de 1978 para una figura similar;

2) acudió a la misma denominación con que esa Constitución incorporó al Ombudsman nórdico y que se ha popularizado en América Latina, *"Defensor del Pueblo";*

3) según su diseño constitucional es una figura que está dentro del Estado pero fuera del Gobierno. Abonan esta afirmación las siguientes razones:

a) su inserción en la C.N. dentro del título Autoridades de la Nación (Capitulo Sexto de la Sección Primera –Poder Legislativo –, del Título I –Gobierno Federal de la 1ª. Parte);

b) el mandato de que su titular actúe con independencia, con plena autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad; con acierto enseña Spota que *"... debe cumplir con el cometido que la Constitución le ordena. Luego, no es independiente de la ley y su cumplimiento. Sí lo es de los poderes constituidos...tiene capacidad decisoria y exclusivas...sus decisiones deben ajustarse, producirse y decidirse, dentro de su propio ámbito y quehacer..."* (Spota, 1997: 987 y ss);

c) la facultad – mandato que le otorga el artículo 86 de la C.N. para ejercer la legitimación procesal que le permite incluso hasta la promoción de demandas judiciales contra el Estado;

4) su titular resulta designado como consecuencia de un acuerdo político (recuérdese que el artículo 86 de la C.N. establece un procedimiento de elección que implica la exigencia de alcanzar como mínimo el voto favorable de los tercios de los miembros presentes de cada una de las Cámaras).

En primera instancia, su elección proveniente del consenso entre diversas fuerzas políticas podría determinar un fuerte condicionamiento en su labor futura; sin embargo, la propia Constitución Nacional una vez elegido y designado le ordena actuar con *"plena autonomía funcional, con independencia funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad*"; adviértase aquí que es el único funcionario de la CN que reviste estas calidades, las cuales constituyen garantías para su gestión; téngase presente que ni a los jueces del Poder Judicial se los ha revestido de estas condiciones; esto pone en evidencia el cuidado que han tenido los convencionales constituyentes del año 1994 al perfilar esta figura;

5) su misión es la defensa y protección de los derechos humanos de todos los habitantes del país con especial referencia a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor y a los derechos de incidencia colectiva, tradicionalmente conocidos como intereses colectivos, supraindividuales o metajuridicos;

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

6) junto a la defensa de los derechos humanos o fundamentales, también tiene el DPN la potestad de controlar a la administración (en sentido funcional u objetivo), incluyendo el ejercicio de las funciones administrativas públicas (art. 86 C.N).

7) si bien la Constitución prevé que *"actúa en el ámbito del Congreso de la Nación"* y que es designado y removido por él, ha tomado la precaución de asegurar su independencia; a esos efectos, la LODPN dispone que cuenta con servicio administrativo y financiero propio encontrándose facultado para administrar su presupuesto y designar y remover su personal;

8) tiene personalidad jurídica. Si bien la Constitución Nacional nada dice sobre el particular, la conclusión resulta natural de su legitimación procesal que le permite actuar, por ejemplo, ante los tribunales judiciales como actor y demandado.

Por ello y avalado por jurisprudencia que así lo ha reconocido no puedo compartir el pensamiento de Dromi y Menem quienes en su obra La Constitución Reformada, señalan que *"el Defensor del Pueblo, el ombudsman, no tiene personalidad jurídica propia, no es una entidad jurídica, no es una persona de derecho, no es ente demandable..."*. Un ejemplo pone en evidencia el error técnico de esta afirmación: si la mano de una persona comete un delito ¿quién será juzgado por ese delito? ¿La mano? NO, ya que la mano es un órgano, no tiene capacidad de adquirir derechos ni contraer obligaciones, por ende no es sujeto de derecho; irá a juicio la persona de la cual esa mano es un órgano. Si aplicamos el mismo razonamiento a la figura del Defensor del Pueblo llegamos a la conclusión que si fuera simplemente un órgano más del Estado (quien sí es sujeto de derecho) no podría ejercer la legitimación procesal en contra del propio Estado; en cambio, si se lo considera un ente, con personalidad jurídica propia y distinta a la del Estado, entonces sí esa legitimación procesal encuentra sustento jurídico y un sujeto hábil para accionar. Como lo demostraré más adelante el DPN ha sido reconocido como un sujeto distinto del Estado por la jurisprudencia, ha sido citado como tercero e incluso ha sido demandado (Menem, 2019).

9) su titular y los adjuntos tienen las mismas inmunidades que los legisladores; una de ellas, la inmunidad de opinión resulta fundamental para su labor ya que es esa opinión crítica, manifestada en recomendaciones, advertencias, sugerencias, recordatorios de los deberes legales y funcionales es la expresión concreta de su magistratura de persuasión;

10) la ausencia de solemnidad y el informalismo en el desarrollo de sus trámites se manifiestan en los mínimos recaudos que se exigen para la presentación de las quejas: nombre, apellido, domicilio y firma del interesado. No se requiere patrocinio letrado ni el pago de ninguna tasa especial. Tampoco se exige la acreditación de alguna de las clásicas facultades jurídicas tradicionales: derecho subjetivo o interés legítimo. Solo se requiere que el interesado – que no es parte en el trámite – tenga algún tipo de relación con la cuestión planteada;

11) la agilidad y rapidez en los trámites está garantizada en la sumariedad de las actuaciones; a esos efectos no se aplican –por su improcedencia – las normas comunes a los procedimientos administrativos y judiciales. Esto afirma una idea ya esbozada: el DPN es una institución distante y distinta de todas las conocidas con anterioridad;

12) no sustituye ni suple la responsabilidad de las autoridades competentes. Cabe recordar que esta Institución no fue concebida en la Argentina y en el resto del mundo para brindar auxilio directo ante las necesidades concretas; esto implica que no puede proveer una vivienda, no puede dar trabajo al desempleado, no puede dar de comer a los niños y ancianos hambrientos o desprotegidos, no puede comprar medicamentos,

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

otorgar subsidios o dar alojamiento transitorio, por ejemplo. Pero, en cambio, sí puede lograr que los organismos competentes atiendan esos reclamos; que se aplique la legislación vigente, que se modifiquen prácticas o conductas administrativas viciadas o disvaliosas.

Aquí cabe recordar un ejemplo concreto: ante la grave crisis que afectó a la Argentina en el año 2001 acudieron miles de personas a la sede del Defensor del Pueblo en busca de trabajo y comida; obviamente muchos de ellos se presentaron seguramente ilusionados por esa denominación generosa y en alguna medida esperanzadora que tiene la figura; allí se les informó que el Defensor del Pueblo no podía dar ni trabajo ni comida con la natural frustración de quienes allí acudieron;

13) no suple la defensa individual de los derechos; no es un defensor oficial ni de pobres y ausentes; es una Institución que representa ante la Administración los intereses y derechos de los quejosos individuales y colectivos y que eventualmente, acude ante la Justicia para la defensa de los derechos de incidencia colectiva y para ejercer su función de control de legalidad;

14) es tradicional a esta figura alegar que ella se justifica solo en términos de complementariedad. No debe sustituir ni colisionar con los órganos y procedimientos tradicionales ya sean administrativos o judiciales; por ello la LODPN establece que no puede dar curso a una queja cuando respecto de la cuestión planteada se encontrare pendiente una resolución administrativa o judicial. En el mismo sentido si una vez promovida la actuación, se interpusiere por el interesado algún recurso administrativo o acción judicial debe suspender la tramitación;

15) carece de facultades para revocar actos, modificarlos o sustituirlos. El DPN no modifica ni crea relaciones jurídicas convencionales; opera desde el plano del cuestionamiento público o reproche moral al recomendar, exhortar, advertir y recordar el incumplimiento de los deberes legales y funcionales de los agentes públicos;

16) además de la clásica regla de que *"el Ombudsman no vence sino convence"*, el constituyente de 1994 le ha agregado una singular facultad cual es la de ejercer la legitimación procesal pudiendo presentarse tanto ante la Administración como ante la Justicia para ejercer en esas instancias sus funciones de tutela y de control.

17) puede pedir informes a todas las autoridades de la Administración e incluso a los responsables de las empresas prestatarias de servicios públicos los cuales están obligados a responder sus requerimientos en un plazo máximo de 30 días hábiles, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia;

18) su relación con el Congreso Nacional se manifiesta en la obligación de presentar anualmente, antes del 31 de mayo, un Informe en el que da cuenta del número y tipo de las actuaciones que tramitó, las que fueron concluidas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y el resultado de las mismas. Debe tenerse presente aquí que con la modificación de la CN en 1994 la apertura de las sesiones se realiza el 01 de marzo por lo cual cabe la modificación de la ley en el sentido de obligar a que la presentación del Informe Anual se realice antes del 31 de marzo.

Además de las citadas notas distintivas, la Institución presenta lo que he denominado perfiles funcionales los cuales aluden a ciertas características de la función que desarrolla y que, en alguna medida son los perfiles más adecuados de la persona que ejerce el cargo que resultan implícitamente de la normativa constitucional.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Al asumir las funciones y como primer titular de la Institución me vi en la necesidad de precisar algunos de esos perfiles. Téngase presente que se trataba de la incorporación de una figura atípica al ordenamiento jurídico argentino sobre la cual no existía demasiado conocimiento en el ámbito local, aunque sí había profusas aplicaciones en el derecho comparado.

V. PERFILES FUNCIONALES

En el Primer Informe Anual sostuve que la figura del Defensor del Pueblo debía asentarse sobre ciertos principios esenciales, tales como:

1. no debe ser una institución del gobierno de turno, apéndice de algún partido político ni amortiguador de disputas políticas; es, sin lugar a dudas, una Institución de la República;

2. no debe ser una figura cosmética o estética sino, por el contrario, una figura seria y objetiva;

3. debe caracterizarse por su prudencia lo cual no ha de ser entendido como sinónimo de complacencia o connivencia con el poder;

4. no puede arrogarse la pretensión de sustituir a los órganos y procedimientos tradicionales de control; solo en términos de complementariedad se justifica el Ombudsman o Defensor del Pueblo;

5. su perfil adecuado ha de ser el de un colaborador crítico de la Administración, no su contradictor efectista; es decir, quien colabora con la crítica, no quien resulta opositor del gobierno de turno ni quien critica para erosionar la gestión gubernamental. Esto implica que puede colaborar con la crítica o criticar con la finalidad de colaborar a la solución de los problemas. Errado es, a mi juicio, que adopte la actitud del contradictor que busca el efectismo con sus intervenciones o que utiliza sus poderes para destruir en lugar de construir soluciones para la comunidad.

En este sentido y coincidiendo con esta prédica que vengo sosteniendo desde hace muchos años, la Conferencia sobre el Trabajo y Cooperación de los Defensores del Pueblo y las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, realizada en Copenhague, Dinamarca en el año 2001 señaló que *"...la relación con la Administración Pública es un difícil ejercicio de malabarismo diplomático...El Defensor del Pueblo debe mantener un enfoque crítico hacia las autoridades y seguir denunciando el abuso, pero al mismo tiempo, intentar establecer un diálogo constructivo y sin confrontaciones con la Administración Pública..."* (Ampliar en Santiestevan de Noriega, 2001).

6. a esos fines y siempre que las circunstancias lo permitan, agotará sus esfuerzos para perseverar en una gestión mediadora entre la Administración y el ciudadano;

7. debe ayudar a la solución de los problemas particulares planteados por los quejosos sin olvidar, en ningún momento, que esos problemas son síntoma o efecto de causas, seguramente más profundas, las cuales debe tender a superar;

8. debe constituirse en un instrumento de diálogo, honda comunicación y profunda solidaridad entre los hombres (Defensor del Pueblo de la Nación, 1995).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Cuando creía que esos perfiles ya estaban plenamente definidos, la experiencia adquirida en el ejercicio de la función (y la riqueza y dinámica de la propia Institución) me obligaron a precisar con más detalles esos perfiles.

En ocasión de presentar el Tercer Informe Anual sostuve que *"sentía la necesidad de agregar dos características adicionales que mi experiencia cotidiana me indican como esenciales. Se trata, en primer lugar, que el Defensor del Pueblo no puede adoptar una actitud conformista ante la patología que llega a su conocimiento. Debe estar comprometido con una visión de la sociedad más justa que permita la dignificación del ser humano y actuar sobre los factores que distorsionan los valores de una comunidad. Debe ser un innovador, casi un rebelde con causa; es que quien ejerce esta responsabilidad convive con la injusticia generada por los excesos o abusos del poder público y del poder privado, económico en la especie, y por ello no puede menos que ser rebelde frente a la realidad que su trabajo le muestra. No olvidemos que ante la Institución se presentan con sus quejas los desesperanzados, los descreídos, los insatisfechos, en suma, aquellos que no comprenden como el ciudadano a menudo es considerado como tal antes de un acto electoral o como contribuyente al solo efecto del pago de sus obligaciones impositivas y luego, en su vida cotidiana, casi como un moderno súbdito del Estado de Derecho"* (Defensor del Pueblo de la Nación, 1996.).

En segundo término, el Defensor del Pueblo no puede ser imparcial; debe actuar con objetividad pero con parcialidad ya que su obligación es precisamente, tutelar los derechos del pueblo y no puede ser imparcial frente a los abusos y violaciones que se cometen invocando la autoridad. Y así como un fiscal cumple acabadamente su función cuando acusa, el Defensor del Pueblo debe adoptar una actitud parcial defendiendo los derechos de los sectores más vulnerables. El poderoso no necesita Defensor del Pueblo; quien lo necesita es el débil, el que no tiene la posibilidad de alcanzar el favor del poder oficial o del poder económico, el que espera que las declaraciones de derechos traigan aparejada una vigencia cotidiana de los mismos y no sean simplemente un catálogo de ilusiones.

VI. SU ACTUAL ESTADO VEGETATIVO

Coincidiendo con las enseñanzas de mis maestros europeos del Ombudsman que me habían adelantado que un buen Ombudsman no es reelecto, así sucedió conmigo en 1999 al vencimiento de mi mandato. Me sucedió el Licenciado en Periodismo Eduardo Mondino que era diputado nacional. Desempeñó su primer mandato 1999-2004, fue reelecto pero abandonó ese mandato para ser candidato a senador por la Provincia de Córdoba.

Recordé hace dos años *"cómo se llegó a esta situación de vacancia durante diez años. En estos casi 25 años desde su fundación, la institución transitó por tres etapas bien definidas: la primera, desde el 17 de octubre de 1994 hasta el 17 de octubre de 1999, en las cuales ejercí el primer mandato constitucional, el Defensor del Pueblo de la Nación tuvo reconocimiento nacional e internacional. La segunda concluyó cuando mi sucesor quien cumplió casi dos mandatos sucesivos, resignó el cargo el 9 de abril de 2009, para postularse como candidato a senador por la provincia de Córdoba. A fines de 2013 también vencieron los mandatos de los adjuntos. Aquí comenzó la tercera etapa, por lo cual la institución quedó interinamente a cargo de su secretario general, quien resultara electo como vicegobernador de Jujuy en las elecciones del 25 de octubre de 2015. Desde entonces está a cargo del subsecretario general, un funcionario administrativo que carece de las facultades esenciales que otorga la Constitución Nacional y la ley orgánica para desempeñar en plenitud sus funciones."* (Maiorano, Jorge Luis: *La Institucion del Defensor del Pueblo está en estado vegetativo*, Perfil, 22 de abril de 2019).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Varios pronunciamientos se han hecho públicos denunciando la demora del Congreso de la Nacion en elegir y designar al Defensor del Pueblo (Informe presentado por diversas ONGs en el 153° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, DC, 28 de octubre de 2014; Fallo CSJN en autos "*Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/ Estado Nacional Argentino (Ministerio de Energía y Minería) y otro s/ amparo colectivo"* Basaure Miranda, Isaac *M. La ausencia del Defensor del Pueblo en Argentina: siete años sin representación colectiva"*).

En mi opinión no se trata de una omisión por la consideración de temas más urgentes; como lo he manifestado en varias ocasiones públicamente; entiendo que la omisión es responsabilidad de todo el arco político que no le asigna la trascendencia que debe tener a esta Institución. Como lo señalé más arriba creo que la dirigencia que nos gobierna prefiere tener a la Institucion en estado vegetativo y no cumpliendo el mandato constitucional de defender los derechos humanos y controlar el ejercicio de las funciones administrativas.

Es que el Defensor del Pueblo siempre camina por la cornisa. Es acosado por la sociedad y por los Gobiernos. Por la sociedad quien generalmente busca en él las soluciones que el gobierno no le da; siempre espera más de su gestión en alguna medida ilusionada por la generosa denominación de Defensor del Pueblo. Por el Gobierno porque se resiente por las acciones de impronta popular. La figura del Defensor del Pueblo tiende a incomodar a la mayoría de los gobernantes. Esto genera un severo obstáculo: el de la autocensura, la autolimitación, a la que converge la amenaza sobre la subsistencia de la institución. El Ombudsman debe recordar siempre que nadie acude a sus oficinas a expresar su complacencia con el Gobierno de turno.

Dos son las razones que explican, a mi juicio, esta circunstancia:

Primero. La apetencia partidaria de convertir a la institución en un botín político, de tal forma que a ella acceden quienes desconocen la figura y sólo muestran una militancia política partidaria ya sea con su complacencia o connivencia por el poder de turno. En la medida que se pretenda utilizar el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación para el amiguismo o como trampolín para la política, se estará mancillando el nombre de la institución.

Por esa razón entiendo que debe modificarse la LODP representada por las leyes 24.284 y 24.379, a fin de prohibir que quien ejerza la titularidad de la Institucion pueda postularse a todo cargo político resultante de elección popular por el plazo de 2 años después de finalizado el mandato.

Segundo. La circunstancia de que todo Defensor que cumple cabalmente su función y que comienza siendo una figura simpática para las autoridades, termina convirtiéndose en una pesadilla para los gobiernos que optan por bajarle el perfil sustituyendo a sus titulares.

Por ello cada uno de los Defensores del Pueblo que pueblan nuestro país debe recordar que la Institución que titularizan será un reflejo de la impronta personal que su titular le asigne a su función; pero además tendrán una enorme responsabilidad: no desvirtuar a una Institucion que tiene más de 200 años de vida y que ha merecido y merece el máximo respeto.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

BIBLIOGRAFÍA

- BULAT, Sergio (1998): El Defensor del Pueblo de la Nación y la Defensa del Medio Ambiente, Derecho Ambiental, Jurisprudencia Argentina, Tomo 1998 - IV, pp. 938-942, Buenos Aires.
- DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN (1995): Primer Informe Anual –1994–, Tomo I y II. Buenos Aires.
- DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN (1996): Tercer Informe Anual –1996–, Tomo 1, pág. 5. Buenos Aires.
- GONZÁLEZ ULLOA AGUIRRE P. (2010): El Estado y la globalización ante la nueva crisis internacional, Revista on line Política y Cultura, nº 34, pp. 89-106.
- MAIORANO, Jorge Luis (2019): La Institución del Defensor del Pueblo está en estado vegetativo, Perfil, 22 de abril de 2019.
- MENEM, Eduardo (2019): Imperdonable: diez años sin Defensor del Pueblo, Clarín 18 de febrero de 2019.
- PADILLA, Miguel M. (1996): Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías, tomo II, pág. 370. Buenos Aires.
- SANTIESTEVAN DE NORIEGA, Jorge (2001): De la Administración a la Constitución. El Defensor del Pueblo en Iberoamérica, Derecho y sociedad, página 23 y ss. Lima, Perú.
- SPOTA, Alberto Antonio (1997): El Derecho, Tomo 170, Buenos Aires. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

EL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

THE OMBUDSMAN OF THE DOMINICAN REPUBLIC

por Pablo Enrique Ulloa Castillo

Doctor en Gobierno y Administración Pública, Postulante a Defensor del Pueblo de la República Dominicana

Cómo citar este artículo / Citation:
Ulloa Castillo, Pablo Enrique (2021):
El Defensor del Pueblo de la República Dominicana, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0106

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

Se analiza en este trabajo la posición del Defensor del Pueblo de República Dominicana prestando especial atención a su encuadre dentro del marco de las recientes reformas constitucionales de América Latina.

Palabras Clave: *Defensor del Pueblo. República Dominicana. Derechos humanos*

ABSTRACT

This text analyses the position of the Ombudsman of the Dominican Republic within the framework of the recent constitutional reforms in Latin America.

Keywords: *Ombusdman. Dominican Republic. Human righst.*

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN

El Defensor del Pueblo nace en el Derecho de la República Dominicana con la promulgación de la Ley nº 19-01 que crea dicha institución, modificada posteriormente en virtud de la Ley nº 367-09. En enero de 2010, la nueva Carta Magna de la República le otorgó categoría constitucional a través de sus artículos 80.5, 83.3, 190, 191 y 192. Posteriormente, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales nº 137-11 (G.O. nº 10622), modificada por la Ley nº 145-11 (G.O. nº 10625), otorgó legitimación al Defensor del Pueblo para interponer acciones de amparo y acciones de amparo de cumplimiento en sus artículos 68, 104, y 105, respectivamente.

En el supremo texto constitucional, se le otorga al Defensor del Pueblo, el carácter de autoridad en el orden administrativo del Estado, siendo su principal rasgo la independencia, en lo que respecta a sus funciones, disfrutando de plena autonomía administrativa y presupuestaria. Igualmente, la referida norma le encomienda una doble misión que consiste en observar que no sean vulnerados los derechos fundamentales de los particulares y a la vez, controlar el buen funcionamiento de la Administración pública.

Se percibe al Defensor del Pueblo como un ente disociado al control, con plena independencia que le permite, mediante la veeduría y fijación de posiciones, intervenir directamente en aquellos actos de la administración pública en materia donde se vinculen los Derechos Humanos.

Justamente el Defensor del Pueblo se presenta como un elemento de "contra freno, contrapeso o controles y balance", que son los que hacen que el poder soberano no se concentre en un solo Poder del Estado, y que se garantice de esa forma, el cumplimiento de una de las más importantes funciones del Estado Dominicano, el de garantizar y preservar los derechos fundamentales, las libertades y, sobre todo, la supremacía de la Constitución de la Republica Dominicana.

II. EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN EL MARCO DE LAS RECIENTES REFORMAS CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA

En el contexto de las reformas constitucionales experimentado durante los últimos veinte años en varios países Latinoamericanos, luego de su análisis, he determinado un punto en común, y es que muchas coinciden en la incorporación y fortalecimiento de derechos sociales y garantías institucionales como consecuencia de la perseverancia de organizaciones de ciudadanos, produciendo un contenido legislativo ampliado, en cuanto a grupos de derechos y garantías constitucionales. En esa direccionalidad está el contenido de la Cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho (que denominare, "Clausula del Estado Social") en el ámbito de la Republica Dominicana, siendo que los derechos sociales ocupan la atención de dichas reformas.

La cláusula del Estado Social es una base programática para el Estado y sus poderes públicos, la cual se desdobla entre sus ejecutorias de carácter positivo y negativo, respecto a los derechos fundamentales. Es decir, entre la necesidad de intervención del Estado (relación positiva Estado-Derechos) y la necesidad de no intervención del Estado (relación negativa Estado-Derechos) –M.A. Valerio Jiminián, *La Cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho-*.

Por consiguiente, la cláusula del Estado Social, lejos de ser una disposición constitucional etérea o con fines meramente decorativos, es realmente un eje transversal que cruza todo el texto constitucional, erigiéndose en un sistema operativo poliédrico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

que se refleja en todos los componentes de la Constitución. De la lectura en conjunto de los arts. 7 y 8 de la Constitución, se puede afirmar que el Estado Dominicano en cuanto a su fundamento tiene cuatro pilares básicos: a) La dignidad humana; b) Los derechos fundamentales; c) El trabajo; y d) La soberanía popular e independencia de los poderes públicos. Estos pilares del Estado tienen como objetivo particular la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas y la creación de un marco de desarrollo social para éstos (M.A. Valerio Jiminián, *La Cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho*). En efecto, cuando se afirma que la cláusula del Estado Social es el eje articulador de la Constitución de 2010, se debe a que la misma establece a los derechos fundamentales y la dignidad humana como sus valores supremos; el trabajo, o más bien el derecho al trabajo para garantizar que las personas puedan a través de éste, garantizarse su propia dignidad; la soberanía popular e independencia de los poderes públicos, para resaltar que toda la voluntad del Estado debe ser un reflejo de la soberanía popular, la cual a su vez se garantiza con la independencia de los poderes públicos (M.A. Valerio Jiminián, *La Cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho*). Esta parte final del diseño de la cláusula del Estado Social refleja lo que destacó Publius en el Federalista "...el genio de la libertad republicana parece exigir por un lado, no solo que todo el poder se derive del pueblo, sino que a quienes se les confía se mantengan subordinados al pueblo, a partir de la corta duración de sus nombramientos; y que incluso durante este breve periodo, la confianza se deposite no en unas pocas manos, sino en una gran diversidad" *(The Federalist Papers*. 1788. Alexander Hamilton, James Madisson y John Jay). Si algo tiene de positivo la Constitución Dominicana de 2010 es el carácter didáctico y lógico de la misma, en especial, su prontuario de derechos fundamentales y sus garantías. 4 En particular, respecto a los derechos sociales, la Carta Magna estableció´ para sus titulares de tres instrumentos procesales para hacerlos valer y garantizar el control social del Estado que procure la efectividad de aquellos. Nos referimos a las figuras como el amparo constitucional, el amparo colectivo y la acción directa en inconstitucionalidad.

III. RELACIONES DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

Teniendo en consideración la diversidad de situaciones de conflicto que pudieran presentarse, es preciso establecer relaciones claras de mutua coordinación y cooperación institucional con los titulares de los demás órganos que interactúan.

Por lo que hace referencia en primer lugar a la relación con el Poder Legislativo; debemos señalar que si bien la presentación del informe anual del Defensor del Pueblo es el momento primordial en el que se verifica el contacto periódico entre el Congreso Dominicano y la Defensoría del Pueblo, ésta no es la única oportunidad en la que estas instituciones pueden realizar un trabajo en conjunto. Es conveniente que el Defensor del Pueblo establezca y mantenga relaciones fluidas y continuas de mutua información y colaboración, especialmente, con las diferentes Comisiones del Congreso, para tratar lo relativo a las iniciativas legislativas que proponga el Defensor del Pueblo y/o aquellas que afecten Derechos Fundamentales. Por ejemplo, debe convertirse en práctica común que el Congreso de la Republica Dominicana, solicite posiciones referentes a iniciativas de ley en esta materia al Defensor del Pueblo Dominicano.

Por lo que respecta al Poder Ejecutivo, debemos señalar que considerando que la labor del Defensor del Pueblo supone el ejercicio preferente de control y supervisión de la actuación de las autoridades y funcionarios del Estado, en lo relativo al respeto de los derechos humanos y al correcto desenvolvimiento de la administración pública, esto requiere el contacto de esta institución con el Poder Ejecutivo, a través de los diversos ministerios según las acciones y servicios que tiene a su cargo cada sector.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Por último, con relación al Poder Judicial debemos destacar que si bien la experiencia comparada refiere que la actuación defensorial deberá suscribirse básicamente a la defensa del debido proceso, esto debe contemplarse sin interferirde ningún modo en el normal desarrollo de la función jurisdiccional.

IV. EL ROL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DOMINICANO

Las funciones del Defensor del Pueblo, bajo la luz del ordenamiento jurídico actual, están vinculadas tanto al Derecho Administrativo como a la salvaguarda de los derechos fundamentales. El Defensor del Pueblo, como entidad independiente de la Administración Pública, está facultado para vigilar simultáneamente, por un lado, a funcionarios y órganos del Estado (incluyendo entidades de la Administración Pública Central, la Administración Pública Descentralizada, la Administración Pública Local y órganos que ejerzan actividades de naturaleza administrativa en los Poderes Legislativo y Judicial), y por otro lado, a las entidades prestadoras de servicios públicos (públicas y privadas)

En cuanto a su capacidad de actuación contra particulares, el Defensor del Pueblo se circunscribe a actuar en los casos en que se trate de la vulneración de derechos fundamentales e intereses colectivos y difusos (aquellos relacionados a la conservación ecológica, protección del medioambiente y preservación del patrimonio cultural, histórico, urbanístico, artístico, arquitectónico y arqueológico.

El Párrafo II del artículo 14 de la Ley nº 19-01, igualmente le otorga funciones al Defensor del Pueblo, en este sentido: “El Defensor del Pueblo tendrá, además, dentro de sus facultades prioritarias, la difusión y educación desde la perspectiva de los derechos humanos y otras prerrogativas establecidas en la Constitución de la República y las leyes, pactos internacionales y otras normas. Al respecto, podrá servir de mediador en demandas colectivas bien fundadas y desplazarse a lugares donde se precisen importantes labores humanitarias y entidades que presten servicios públicos.”

Su función esencial por tanto, visto lo anterior, se circunscribe en “contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas” así como de los intereses colectivos y difusos” establecidos en la Constitución y, en las leyes para aquellos casos en que “sean violados por funcionarios u órganos del Estado Dominicano, por prestadores de servicios públicos o particulares que afecten intereses colectivos y difusos”.

El Defensor del Pueblo es un mediador, para garantizar la legitimidad de la Constitución y la tutela judicial de los ciudadanos. Con su actuación se convierte en portavoz de las manifestaciones sociales, y procesa las querellas realizadas por los ciudadanos en las cuales se encuentran involucradas las funciones de la administración pública. Por lo tanto, éste actúa como un mediador, que se caracteriza por su condición nada formalista, gratuita y de gestión ágil, que les faculta a los ciudadanos de un instrumento de investigación y de un mecanismo para desarrollar demandas colectivas bien fundadas.

En esto radica la importancia del funcionamiento del Defensor del Pueblo en un Estado social y democrático de derecho, que les permite a los ciudadanos elevar sus voces y evitar las injusticias o excesos cometidos por los funcionarios y entes públicos, a través de una institución que es opuesta a todo mandato representativo, cargo político, servicio activo en cualquier Administración pública, afiliación o partido político, sindicato o incluso asociación o fundación, con el ejercicio de las carreras judiciales y fiscal y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Por lo que hace referencia a su rol jurisdiccional le corresponde escuchar, investigar y buscar soluciones justas a las quejas de los ciudadanos contra funcionarios y organismos estatales; también motorizar el control difuso de constitucionalidad a través del instrumento de un recurso extraordinario, el amparo constitucional.

Al otorgarle la Constitución el rango de disposición constitucional a la figura del Defensor del Pueblo, tal un como lo afirmaba al inicio de este trabajo, ha reforzado sus estatutos, y los ha protegido de los posibles ataques.

En nuestro país es evidente la necesidad de instaurar la Magistratura del Defensor del Pueblo, ya que este se ha manifestado universalmente como un instrumento para completar la labor garantizadora que llevan a cabo los procedimientos actuales.

"La función del Ombudsman no es la de suplantar a ninguna autoridad de las que existen, sino por el contrario, hacer que éstas funcionen adecuadamente, hacer que se cumpla el mandato específico que las instituciones tienen. La institución del Ombudsman o Defensor del Pueblo sirve precisamente para apoyar al ciudadano que se ve desprotegido y hacer que la autoridad que tiene una función específica pueda cumplirla a favor de ese ciudadano o ciudadana" (L. Valladares, "El ombudsman como canal de acceso a la justicia").

V. LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: REQUISITOS Y AGENDA

A los fines de contemplar de manera clara y precisa el ámbito de competencias funcionales del Defensor del Pueblo Dominicano se aprobó la Ley nº 19-01. Es interesante apuntar que fue proyectada por el actual Presidente del Tribunal Constitucional de la Republica Dominicana, Magistrado Milton Ray Guevara, quien en ese entonces cumplía roles como Congresista, y su contenido se orientó sobre la base de seguir buscando elementos que profundizaran a la Republica Dominicana como un estado democrático, siendo el Defensor del Pueblo un verdadero "Check and balance".

En dicho cuerpo normativo (art. 5) se establecieron los requisitos para ser Defensor del Pueblo: a) Ser dominicano de nacimiento u origen; b) Mayor de 30 años de edad; c) Hallarse en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos; d) No haber sido condenado a penas aflictivas e infamantes mediante sentencia que haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada; e) Tener una reconocida solvencia moral y profesional; f) Poseer amplios conocimientos de la administración pública y de la gestión gubernamental.

Junto a ello (artículo 11) se incorporó la prohibición de que el Defensor del Pueblo pueda pertenecer a partido político alguno, o participar en actividades de carácter político partidario. Asimismo deberá renunciar a cualquier actividad remunerativa, excepto la docencia.

De todos estos requisitos, el que corresponde desarrollar ahora es el relativo a la necesidad de poseer amplios conocimientos de la administración pública y de la gestión gubernamental. Pues, ¿Cómo realizar su misión para servir de contrapeso del Estado si no conoce el régimen de funcionamiento del mismo?

La experiencia internacional nos demuestra que un Ombudsman sin amplios conocimientos de la administración pública y de la gestión gubernamental, nunca podrá der efectivo ni eficaz en el cumplimiento de su rol institucional, pero mucho menos podrá servir de contrapeso del poder para que el Estado no cometa desmanes e injusticias. Además de prever situaciones que se pudieran generar por actos administrativos del

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Estado; el Defensor debe de ser no solo un conocedor de la Administración Publica sino que debe de tener una visión del Estado actual y prospectiva para ayudar a una gestión de calidad.

Por lo que hace referencia a la agenda de actuación, como ya hemos visto, la función esencial del Defensor del Pueblo Dominicano es contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos establecidos en la Constitución y en resto del ordenamiento jurídico, en aquellos casos que sean violados por parte de funcionarios u órganos del Estado, por prestadores de servicios públicos o particulares que afecten intereses colectivos y difusos.

La falta de garantía es un peligro de descualificación, que haría que todos los derechos fundamentales de nuestra constitución se conviertan en una retórica. El problema no es declarar derecho, es actuar los derechos. Justamente ahí radica el gran poder del Defensor del Pueblo Dominicano; en lo que le hemos denominado la Magistratura del Defensor. Como destaca José Luis Maiorano "La Magistratura del Defensor la definimos como el proceso que se debe de realizar para lograr la legitimación social de la institución en República Dominicana y solo se realizará con una gestión basada en la defensa de la dignidad humana frente al Estado, siempre garantizando los derechos fundamentales plasmados en la Constitución".

Una buena Administración pública es aquella que cumple con las funciones que le son propias en un Estado Democrático. Es decir, una Administración Pública que sirve objetivamente y eficientemente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente hacia el interés general. La buena Administración pública es un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental, y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.

Con este enfoque se convierte el Defensor del Pueblo en el gendarme por excelencia de la protección y del cumplimiento de los derechos fundamentales que debe garantizar el Estado a los sujetos de esos derechos que son las personas. El Defensor del Pueblo vigila la legalidad de los actos de la administración pública, es decir, que supervisa que los actos de los funcionarios públicos se sometan estrictamente a la Constitución y a las leyes.

El concepto de administración pública es extendido hacia las empresas y entidades privadas que administran y ofrecen servicios públicos, de manera particular los servicios públicos prioritarios. En esta última categoría entran las entidades y corporaciones que suministran servicios en las áreas de educación y salud privadas, electricidad, agua, comunicaciones, (es decir, teléfonos, internet, cable y otros).

El otro objetivo que está definido como parte del rol del Defensor del Pueblo es la garantía de los derechos fundamentales. Estos son aquellas prerrogativas inherentes al ser humano, ya que pertenecen a toda persona en razón de su dignidad. Se encuentran incluidos en la Constitución, se consideran como esenciales en todo sistema político y gozan de un estatus especial en cuanto al sistema de garantías instaurado para su protección.

Se llaman derechos fundamentales, pues al encontrarse establecidos en la Constitución, forman parte del fundamento jurídico y político del Estado. Sirven para poner límites al poder. En otras palabras, la finalidad de estos derechos es impedir los abusos del poder por parte de los titulares de las funciones estatales y particulares.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Debemos tener en cuenta que la Democracia se da a través de los derechos, según Luiggi Ferrajoli; y en este sentido podemos definir sus dimensiones: políticas, sociales y económicas. La unión de estas tres dimensiones se da a través de las garantías de los derechos fundamentales. Concluyendo qué, la Democracia consiste en la garantía de los derechos fundamentales. Estas dimensiones se concretan en los derechos fundamentales, que en sentido general son: derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad, derechos sociales, derechos económicos, derechos culturales, medio ambientales, entre otros.

Otro aspecto de interés en la agenda del Defensor del Pueblo lo constituye la vigilancia del cumplimiento que los funcionarios públicos y los agentes que presten servicios públicos cumplan con las disposiciones de la Constitución y las leyes, así como el respeto de convenios, tratados y pactos internacionales que han sido ratificados por el Congreso Nacional dominicano y la participación del ciudadano. Destaca Maiorano que, "en efecto, la centralidad de las personas constituye una de las principales características de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues, es justamente la protección de los Derechos Fundamentales el elemento estructural de esta fórmula constitucional. Esto, sin duda alguna, transforma la relación existente entre el Estado y la sociedad, ya que obliga a los órganos y entes públicos a abandonar las prácticas abstencionistas del modelo de Estado mínimo liberal y, en consecuencia, a garantizar la participación directa de los ciudadanos en el análisis y evaluación de las políticas públicas."

VI. RETOS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DOMINICANO

En la práctica, el órgano no se ha podido convertir en el mediador para garantizar la legitimidad de la Constitución Dominicana y la tutela judicial de los ciudadanos, ya que para esto, el Defensor del Pueblo se debe convertir en portavoz de las manifestaciones sociales, y procesar las querellas realizadas por los ciudadanos en las cuales se encuentran involucradas las funciones de la administración pública.

La falta de garantía es un peligro de descualificación, que haría que todos los derechos fundamentales de nuestra constitución se conviertan en una retórica. El problema no es declarar derecho, es actuar los derechos. Justamente ahí radica el gran poder del Defensor del Pueblo Dominicano; en lo que le hemos denominado la Magistratura del Defensor. Como destaca José Luis Maiorano "La Magistratura del Defensor la definimos como el proceso que se debe de realizar para lograr la legitimación social de la institución en República Dominicana y solo se realizará con una gestión basada en la defensa de la dignidad humana frente al Estado, siempre garantizando los Derechos Fundamentales plasmados en la Constitución"

Y aquí no debemos olvidar, como apunta el jurista Roberto Antonio Medina Reyes, en su reciente trabajo "La Administración del Estado Social, Democrático de Derecho", que La función esencial de la Administración Pública en un Estado Social y Democrático de Derecho consiste en la realización de los derechos fundamentales, es decir, en la materialización de un conjunto de disposiciones ius fundamentales que tienen como finalidad el desarrollo de las personas en un marco de libertad individual y de justicia social.

Legalmente tiene legitimidad activa y procesal, pero no la ha sabido usar en litigios estratégicos que le brinden la legitimidad moral y con ella la legitimidad social.

Asimismo, la tramitación pura y simple de las quejas de los ciudadanos no es un indicador de gestión valido, lo que sí es un indicador de gestión potente es la resolución de los conflictos o las injusticias del ciudadano.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

La Estrategia complementaria es la educación y la investigación, pero no se ha llevado a la práctica social.

Es cierto que debe tomar en solitario sus decisiones y cargar luego con las consecuencias y eso no favorece su trabajo porque lo expone. Para superar esa dificultad puede recurrir a variantes objetivas y otras subjetivas. Las objetivas son las que le marcan el derecho internacional de los derechos humanos. De ese modo se va a equivocar poco y aunque incomode, su recomendación será inapelable. Otra es ubicarse desde las posiciones de las organizaciones de la sociedad civil, las cuales podrán brindarle una mayor fortaleza. Las variantes subjetivas las determina su conciencia.

Expuesto como ha sido lo anterior, a título de conclusión, cabe señalar: los retos más concretos que le tocara enfrentar a la nueva gestión del Defensor del Pueblo Dominicano son los siguientes: desarrollo de la institución, cobertura de vacantes, legitimación social, legitimación procesal, competencia amplia, incidencia en la resolución de conflictos y protección de víctimas de la violencia, autocensura, acceso a la justicia, protección víctimas y testigos, derechos difusos, trabajo en redes, derechos de los migrantes, violencia de género, derechos de tercera generación, agenda 2030 y *big data*

Para terminar, únicamente destacar que los dos conceptos básicos que deben ser el centro del marco teórico del Defensor del Pueblo son evidentemente la buena administración y la garantía de los derechos fundamentales. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

UNA MIRADA ACTUAL SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL Y EL PROBLEMA CONTRAMAYORITARIO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA*

A CURRENT LOOK AT JUDICIAL REVIEW AND THE COUNTERMAJORITARIAN PROBLEM IN THE ECUADORIAN CONSTITUTIONAL COURT

por Sebastián López Hidalgo
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Azuay (Ecuador)

Cómo citar este artículo / Citation:
López Hidalgo, Sebastián (2021):
Una mirada actual sobre la revisión judicial y el problema contramayoritario en la corte constitucional ecuatoriana, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0107

* La presente publicación recoge una parte de la discusión sobre el modelo de revisión judicial en Ecuador que se lleva a cabo en una estancia de investigación posdoctoral en la Universidad de Salamanca-España, con una Beca de la Fundación Carolina.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

El presente artículo, pretende mostrar los perfiles actuales en torno al debate de la dificultad contramayoritaria y la revisión judicial en el caso de la Corte Constitucional del Ecuador. Se trata de un problema que ha pasado inadvertido en el constitucionalismo ecuatoriano a pesar de contar con Constitución renovada y una apuesta por una revisión judicial robusta. Aportación empírica permitirá evidenciar qué tan lejos puede ser extendida la preocupación contramayoritaria en su versión tradicional, toda vez que el órgano de control constitucional en el Ecuador ha sido deferente, desde sus inicios, con el poder al cual estaba llamado a controlar, principalmente, el ejecutivo, diluyendo la crítica que soporta de la anunciada dificultad. Finalmente, con especial atención en ciertos casos controvertidos y, como una puesta al día sobre el debate, éste estudio concluirá que, a partir de la integración de la nueva Corte Constitucional, el problema contramayoritario parece haber tomado otros perfiles, recuperando y orientando la discusión en una nueva dirección.

Palabras Clave: Ecuador, revisión judicial, dificultad contramayoritaria, corte constitucional, legitimidad democrática.

ABSTRACT

This article aims to show the current profiles around the debate of the countermajoritarian difficulty and the judicial review in the case of the Constitutional Court of Ecuador. This is a problem that has gone unnoticed in Ecuadorian constitutionalism despite having a renewed Constitution and a commitment to a robust judicial review. Empirical contribution will make it possible to show how far the countermajoritarian concern can be extended in its traditional version, since the Constitutional Court has been deferential, from its inception, with the power to which it was called to control, mainly, the executive, diluting the criticism he supports of the announced difficulty. Finally, with special attention to certain controversial cases and, as an update on the debate, this study will conclude that, after the integration of the new Constitutional Court, the countermajoritarian problem seems to have taken on other profiles, recovering the discussion in a new direction.

Keywords: Ecuador, judicial review, counter-majority difficulty, constitutional court, democratic legitimacy

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN

Si bien la discusión contramayoritaria[1] ha penetrado intensamente algunos debates contemporáneos, en el contexto ecuatoriano actual, contando con una apuesta hacia una opción judicial robusta a partir de la Constitución de 2008,[2] el problema ha pasado inadvertido en razón del asumido carácter de "guardián natural" de su máximo intérprete (Corte Constitucional ecuatoriana). En ese marco, la presente propuesta, luego de tomar una nota breve sobre algunas cuestiones relativas a la objeción contramayoritaria, pretende indagar cómo ha impactado las decisiones de la Corte en el marco de dicha problemática; pero, sobre todo, dar cuenta de los nuevos caminos y discusiones que se puede estar abriendo la práctica jurisdiccional más reciente de la Corte a la luz de la anunciada dificultad.

Para ello, se revisará algunas sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador en el marco del control abstracto de norma, poniendo a prueba una posible tensión entre el Parlamento, la Corte y el Ejecutivo, como los principales actores del juego democrático.[3] Posteriormente, y como aporte central de ésta propuesta, se hará una mención a algunas decisiones recientes de la Corte Constitucional, evidenciando cuál es el discurso del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función asignada, e indagando si la temida dificultad contramayoritaria es una realidad o no dentro del sistema ecuatoriano. Ello permitirá arribar a algunas reflexiones finales con las que cierra el presente artículo mostrando que, a diferencia de los criterios que advierten los peligros de la revisión judicial en su posición más radical, dicha evidencia –al menos en un primer momento de vigencia de la Corte-, no parece ser una nota de la cual temer en el caso de la justicia constitucional ecuatoriana; al contrario, el máximo órgano de control, apareció típicamente deferente con el poder al cual estaba llamado a controlar, diluyendo la crítica en sus términos clásicos.

Sin embargo, hoy en día la discusión parece haber dado un nuevo giro, reorientando el debate a nuevos horizontes, marcados por algunas decisiones del órgano de control que pueden ser apreciadas como fallos progresistas en detrimento de otros órganos con credenciales democráticas dentro del Estado, orientando la discusión en otros frentes.

II. UNA APROXIMACIÓN AL CARÁCTER CONTRAMAYORITARIO Y LA REVISIÓN JUDICIAL EN ECUADOR

A raíz del debate suscitado en tiempos de Weimar a cerca de la vigencia de la justicia constitucional,[4] los problemas sobre la legitimidad de la revisión judicial no han desaparecido y han estado latentes de tiempo en tiempo, con diferente intensidad, en razón del papel activista *-judicial activism-,* o de una autolimitación o restricción judicial *–judicial self-restraint-* asumido por las Cortes o Tribunales.[5] Y es que, desde Bickel, quien acuñó con indudable éxito la expresión *dificultad contramayoritaria*, -para poner en cuestión desde una teoría democrática, la vigencia de órganos de

1. Véase Bickel, (1986).

2. Se entenderá por opción judicial robusta, un sistema de supremacía fuerte o protagonismo judicial fuerte en el marco de la revisión judicial de la ley, así como, en el marco de delimitación y configuración del contorno de los derechos fundamentales, sin que los parlamentos democráticos se encuentren forzosamente autorizados a poner en marcha algún tipo de respuesta legislativa que les permita reaccionar ante una determinada orientación jurisprudencial.

3. Basabe (2011), p. 91.

4. Al respecto puede verse las obras de (Schmitt (1983); Kelsen (1995)).

5. García De Enterría (2006), p. 167.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

revisión judicial con escasas credenciales democráticas-, hasta hoy, las discusiones se han extendido notablemente dependiendo el contexto en el que se inscriben.[6]

En esas coordenadas resulta de trascendental importancia discutir quién debe tener la "última palabra" cuando lo que se interpreta es la Constitución en una democracia; o, qué es lo que justifica que un grupo de personas no elegidas por el pueblo puedan ejercer una revisión judicial de la ley como la más alta expresión de la voluntad popular. Ciertamente, cuando se conservaba intacto el mito de que el juez se limitaba a aplicar la ley o la Constitución sin tener que valorarla, la falta de legitimidad democrática de los órganos de revisión judicial parecía irrelevante puesto que la actividad judicial se concebía como una actividad meramente intelectiva y no valorativa.[7] Precisamente, el problema de la dificultad u objeción contramayoritaria[8] parece cobrar mayor envergadura cuando se advierte que muchas de las cláusulas constitucionales están generalmente expresadas en términos altamente vagos y abstractos con un fuerte contenido valorativo Ahora, ¿Significa esto rendirse a los argumentos de la crítica que llevan, en definitiva, al rechazo del control judicial, acentuando el carácter elitista y antidemocrático de la función de revisión?

Constantemente, los defensores del principio democrático mayoritario han sostenido que el establecer una carta atrincherada de derechos o confiar la guarda de la supremacía constitucional a órganos elitistas no democráticos (Cortes o Tribunales Constitucionales), permitiéndoles conservar la última palabra en temas constitucionales, constituye una afrenta y una limitación injustificada al legislador democrático que afecta a las bases mismas de una sociedad democrática.[9]

De otro lado, hay quienes sostienen con destacados argumentos que la razón de ser de la justicia constitucional es su función anti-mayoría, preservando, justamente, los límites democráticos frente a las veleidades de las mayorías. Es decir, se acepta que la justicia constitucional no forma parte "natural" de la democracia, pero sirve a la democracia de forma sustancial.[10]

En efecto, si se reconoce como está claro, que "el catálogo de derechos que encontramos en la mayoría de constituciones recoge principios abstractos de moralidad política, cuya interpretación es controvertida",[11] se dificulta una defensa objetiva de una voluntad constituyente, y se coloca a los defensores de la revisión judicial de la constitucionalidad en la tesitura de ajustar sus argumentos, capaces de cerrar la

6. Alexander Bickel ha utilizado esta expresión para negar la validez de los argumentos que intentan justificar la revisión judicial por antidemocrática. Véase, Bickel (1986).

7. Nino (1992), p. 683.

8. La crítica contramayoritaria sostendría que, así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador electo democráticamente, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcance de una ley implicaría privar a los ciudadanos del derecho a reflexionar libremente mediante sus representantes a través del contenido y alcance de dichas normas. Es extensa la literatura que ha abordado el tema sobre la revisión judicial –defensores y críticos-; sin embargo, es fundamental la referencia a algunos autores. En el ámbito anglosajón marcaron un punto importante Bickel (1986); Waldron (2005); Ely (1997); Dworkin (1996); Ackerman (1991); Tushnet, (2012); Kramer, (2004), por citar algunos de los más destacados. Aun cuando las referencias son inabarcables, para el ámbito hispanoamericano es indispensable la consulta de obras importantes y destacados artículos como: Ferreres Comella (2012); Nino (1997); Gargarella (1996); Bayon (2004), entre otros, así como innumerables artículos y demás publicaciones.

9. López Hidalgo (2018).

10. Moreso (2003), p. 397, sostiene que el control judicial de constitucionalidad es un instrumento que puede ser adecuado para proteger los derechos constitucionales, aunque no sea un mecanismo estrictamente necesario para la existencia de una democracia constitucional.

11. Ferreres Comella (2010), pp. 356-80.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

denominada "brecha interpretativa".[12] Y si esto se admite, -que las Constituciones incorporan valores abstractos y factores de exclusión respecto de su adopción-, hay buenas razones para tomarse en serio la objeción en contra de la revisión judicial, más aún, en sistemas como el ecuatoriano en donde los jueces constitucionales tiene de hecho la última palabra; el grado de rigidez constitucional es mucho mayor[13] y, la constitución se presenta con un amplio catálogo de derechos formulados en términos abstractos.

En esencia, la verdadera dimensión del problema se advierte al considerar que democracia y mayoritarismo, constitucionalismo y democracia, por una parte, se contraponen,[14] pero, por otra, se complementan[15] como dos caras de una misma moneda, dado que la democracia no puede concebirse en términos puramente formales para identificarse, sin más, como un simple procedimiento de toma de decisiones mayoritarias.[16]

No es posible, en efecto, predicar un concepto de democracia basado en el dominio absoluto e irrestricto de la mayoría. La democracia implica no solo un gobierno de la mayoría, sino también el respeto de unas minorías y uno de los medios para asegurar ese cometido es la propia normatividad de la Constitución con unos límites a la actuación mayoritaria.[17] De ahí que la tensión entre constitucionalismo y democracia ha llevado a que se pueda hablar incluso de modelos intermedios de constitucionalismo, de un *constitucionalismo débil* como una variable del constitucionalismo democrático o de una respuesta democrático-constitucional a medio camino.[18] Dado que, muy probablemente, una aproximación intuitiva en favor del control judicial de constitucionalidad esté asociada con situaciones en las cuales ciertas condiciones de la democracia no son satisfechas y, consecuentemente, lo político –llámese "democrático" o no– no es epistémicamente superior al proceso judicial;[19] y, a pesar de que las Cortes o Tribunales Constitucionales no son el mejor ejemplo de lo que representa un órgano con legitimación democrática directa, dadas las credenciales democráticas que ostentan otros órganos dentro del Estado, significativamente, el legislador; sus decisiones pueden estimarse legítimas en determinados contextos, capaz de justificar el accionar de una "casta judicial" muchas veces de extracción aristocrática. Solamente

12. Roberto Gargarella ha definido que muchas de las críticas contramayoritarias se filtran a través de la denominada brecha interpretativa, es decir, en la amplitud y vaguedad a la que se puede prestar la interpretación constitucional. Véase, Gargarella (1996), p. 59.

13. Alfonso Ruiz Miguel manifiesta que: "...con independencia de la supremacía constitucional, el control judicial en sí mismo no tiene por qué suscitar objeción contramayoritaria si no va acompañado de una cierta rigidez de la Constitución y, más aún, tal objeción, de estar justificada, tendrá más fuerza cuanto más alto sea el grado de rigidez" Véase, Ruiz Miguel (2004), pp. 62-63.

14. Uprimny (2013), p. 173, indica que, en su versión radical, las categorías democracia y Estado de Derecho entran en tensión y pueden ser consideradas opuestas, pues la democracia, en la medida en la que se funda en la soberanía popular, aspira al gobierno ilimitado del pueblo, mientras que el Estado de Derecho está asociado a la idea de gobierno dividido, limitado y reglado. Sin embargo, el autor también habla de una complementariedad.

15. En efecto, como lo anotado Jorge Roa, de manera textual, las fórmulas constitucionalismo fuerte-democracia débil y constitucionalismo débil-democracia fuerte, son solamente fórmulas explicativas con rasgos de prevalencia y no de anulación, puesto que, constitucionalismo no se opone o excluye la idea de la democracia ni ésta rechaza al constitucionalismo. Véase Roa (2015).

16. Véase, Ferrajoli (2009), pp. 431-48; Gargarella (2008), pp. 23-42; Aragón Reyes (1995), p. 56; Uprimny (2013), p. 173, al tiempo que hablan de una tensión, sin embargo, rescatan la complementariedad de los términos.

17. Sin embargo, en este punto habrá que tener presente la advertencia de Roberto Gargarella sobre la revisión judicial, y es que, "...del hecho de que los jueces no representen a las mayorías, numéricamente hablando, no significa que los mismos representen (o, más bien, tengan una motivación especial para defender) a la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad...". Véase, Gargarella (1997), p. 26.

18. Véase, Schmitt (2002), pp. 254-62. Sobre un *constitucionalismo débil* puede verse Bayon (2004), pp. 234-235.

19. Nino (1997), p. 272.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de esa forma aparecerá el juicio de revisión judicial como un ejercicio razonable de argumentación en el marco de una motivación controlable, así como, de una teoría deliberativa de la democracia[20] y de una teoría de la interpretación plausible que involucre prácticas dialógicas y no, actitudes discrecionales o arbitrarias carentes de sustento, posibilitando e insistiendo en la participación de ciertas minorías aisladas,[21] o sirviendo sustancialmente a la democracia con el fin para corregir las distorsiones de un sistema representativo excluyente.

Bien es verdad que es en el ámbito de las "sociedades bien ordenadas"[22] donde, en principio, la objeción al control judicial podría tener mayor relevancia por el riesgo que se deriva sobre el marco de competencias del legislador democrático. De hecho, autores como Waldron y su teoría del -*core of the case*- considera inadmisible que los desacuerdos sociales sobre derechos sean resueltos en sede judicial en este tipo de sociedades.[23]

Ahora bien, más allá de las dudas que despierta la revisión judicial para la democracia, si se acepta la premisa de la consolidación y expansión de la revisión judicial y su defensa contextual ¿cuál es el coste que está dispuesta a asumir una sociedad que se estima democrática con el fin de soportar dicha revisión frente a todas las dudas que la aquejan? A pesar de la vitalidad del debate que ha sido bastante prolijo así como abundante en la teoría, -imposible de poder ser abarcado con toda su amplitud en esta pocas líneas-, inicialmente, parecería contraintuitivo pensar que para el caso ecuatoriano, la justicia constitucional pueda aparecer como un órgano antidemocrático capaz de torcer la voluntad popular a pretexto de interpretar la Constitución,[24] debido a la necesidad de un guardián supremos de la norma suprema, así como del "carácter garantista"[25] que subyace a la carta constitucional vigente en el marco de un "renovado" o "nuevo" constitucionalismo latinoamericano",[26] que, en teoría, irrumpe con la ortodoxia constitucional y consolida a un órgano de control natural de revisión en la cúspide del sistema.

Aún más, puede sostenerse que el debate es intrascendente en el modelo ecuatoriano por cuanto la institución de la revisión judicial tiene una fuente democrática en su

20. A pesar de que se puede hablar de un primer período de gestación de la democracia deliberativa y uno de consolidación posterior, una consulta sobre el origen y evolución del modelo deliberativo, así como un concepto de democracia deliberativa, puede consultarse en Martí (2006). Igualmente, puede verse Nino (1997); Habermas (2008), en lo referente a la práctica deliberativa.

21. Ely (1997).

22. Diego Rodríguez se refiere a este tipo sociedades como aquellas que cumplen algunos presupuestos, entre ellos: a) una legislatura que funcione de modo razonablemente aceptable de conformidad con los valores democráticos; b) un poder judicial en buena forma; c) una cultura política capaz de sostener un consenso relativamente extendido en torno a la idea de los derechos fundamentales; y, d) un trasfondo de desacuerdos profundos que dividen a los ciudadanos en torno a distintas concepciones sobre los derechos. Véase Rodríguez (2011), p. 31.

23. Waldron (2005).

24. López Hidalgo (2018).

25. Sobre el garantismo puede consultarse la obra de Ferrajoli (2008), pp. 61-62.

26. A este respecto, Roberto Gargarella indica la conveniencia de revisar el calificativo de "nuevo" constitucionalismo, puesto que, en su opinión, el mismo no introduce variables relevantes en relación con el "viejo" constitucionalismo. El autor argentino indica que "las Constituciones de América Latina son, en su gran mayoría, estructuras consolidadas con más de dos siglos sobre sus espaldas, que en todo caso han incorporado algunos pocos cambios en los últimos tiempos (el primero, habitualmente, relacionado con la reelección presidencial) sobre una base que permanece intacta, idéntica a sí misma. Esa base tiene entonces dos partes: una organización de poderes que es tributaria del siglo XIX; y una organización de derechos que se modificó esencialmente a comienzos del siglo XX, y que desde entonces no ha variado de modo extraordinario". Véase al respecto, Gargarella "El 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", *El País* (Madrid), 20 de agosto de 2014. ‹http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html›. También Gargarella, R. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral, vol. 48, nro.1, 2015.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

origen, como es su inclusión en una norma fundamental aprobada democráticamente de forma reciente (Constitución 2008). Dos cuestiones al respecto: Primero, del hecho de que el modelo de revisión haya sido adoptado en la Constitución vigente en cabeza de la Corte, no se colige que pueda seguirse calificando indubitadamente como legítimo, si, en la práctica, la revisión judicial no se ajusta a unas exigencias verdaderamente democráticas compatibles con el ideal del constitucionalismo;[27] segundo, es necesario hacerse cargo y asumir el debate en cuestión a raíz del modelo adoptado más allá de asunciones apriorísticas. Por lo demás, conviene aclarar que el problema no sólo es el de la existencia misma de un órgano de revisión carente de legitimidad, sino, y aún más difícil de justificar, el de la supremacía de la revisión con el carácter de última palabra.[28]

Para Ecuador el péndulo parece haber oscilado en términos extremos, desde una confianza acrítica del modelo en favor de una Corte Constitucional extendida en sus atribuciones y, en consecuencia, su aceptación o aprobación natural a partir del pacto constituyente de 2008, a una fuerte desconfianza y consecuente rechazo,[29] -y esto a partir de algunas últimas decisiones de la Corte-, obviando la relevancia del debate que oriente la toma de una posición sólida a la luz de algunos datos verificables.

De ahí que, lo que interesa es evidenciar si la Corte Constitucional ecuatoriana es un órgano contramayoritario; qué tan lejos puede ser extendida la preocupación contramayoritaria en el caso de la Corte ecuatoriana; y, cuáles son los giros que viene tomando el debate a partir de algunas decisiones recientes de la Corte. Y es que, a pesar de que se ha advertido con especial acento que los enclaves autoritarios que pesan sobre el constitucionalismo latinoamericano dificultan una tarea trasformadora en manos de las Cortes y en favor de un constitucionalismo dialógico,[30] la idea es poner a prueba dicha afirmación teórica a partir de algunos datos obtenidos en la práctica judicial de la Corte ecuatoriana.

III. EL PROBLEMA CONTRAMAYORITARIO Y LA DEFERENCIA CON EL PODER: EL CASO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

Con el fin de poder abordar el tema de la anunciada dificultad contra-mayoritaria en el caso del Ecuador, se dividirá el análisis en tres fases o periodos desde el momento en el que, al amparo de la Constitución de la República de 2008 se definió el modelo de Estado como Constitucional de Derechos y Justicia[31] y se instituyó como órgano supremo de control de constitucionalidad a la Corte Constitucional.[32] Primero, la

27. Como explica Víctor Ferreres Comella, una cosa es que una institución sea o no compatible con la democracia –que es lo que hace falta discutir- y otra que su existencia sea el producto de una decisión democrática. Véase, Ferreres Comella (2012), p. 47.

28. Bello Hutt (2017).

29. López Hidalgo (2018).

30. Gargarella (2019).

31. Véase, el artículo 1 de la Constitución del Ecuador que textualmente, indica: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano...".

32. Esto no quiere decir que en la experiencia ecuatoriana, el control de constitucionalidad haya nacido a partir de la Constitución de 2008 en cabeza de la Corte Constitucional. De hecho, el control de constitucionalidad en el Ecuador fue contemplado en la Carta Política de 1851 y, recogido especialmente en la Constitución de 1906 y en la de 1929. A pesar de ello, el control de constitucionalidad se ejercía conjuntamente con un control de legalidad a cargo del Consejo de Estado. A partir de 1945 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales con una duración efímera ya que en 1946, con la nueva Constitución, se volvió a reestructurar, por última vez, el Consejo de Estado. Luego, la Constitución de 1967 retomó la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales. Posteriormente, con la reforma de 1998 se crearía el denominado Tribunal Constitucional y con la vigencia de la Constitución de 2008 la denominada Corte Constitucional. Véase Salgado (1997), p. 577.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

autodenominada Corte de Transición o Corte para el Período de Transición –CCT-, que va desde el 22 de octubre de 2008 momento en el que entró en vigencia la nueva carta fundamental, al 5 de noviembre de 2012. Un segundo período que constituye la Primera Corte Constitucional –CCE-, que comprende desde el 6 de noviembre de 2012 hasta al 31 de diciembre de 2015; y, finalmente, un tercer período, –luego de un lapso de tiempo en donde el país careció de una Corte Constitucional-, marcado por el ejercicio de la Corte Constitucional actual cuyo nombramiento data del 5 de febrero de 2019 y que obedeció a un período de restructuración y reconfiguración de designación de autoridades, articuladas a la denominada Función de Transparencia y Control Social como una institución vigente a partir del diseño constitucional de 2008.

Tal como se indicó, el principal objeto de este apartado se relaciona con una revisión general de algunas decisiones dictadas en procesos sobre control abstracto de normas emitidas tanto en la CCT como en la primera CC[33] en el marco de la tensión contramayoritaria. Además, con el fin de delinear el alcance de la crítica, se hará una especial mención al rol de la Corte que, durante este período, vía jurisprudencia, adelantaron el camino para implementar procesos de reformas (in) constitucionales en favor de la reelección presidencial indefina.

Finalmente, a manera de contraste, en una última sección se pasará revista a algunos casos paradigmáticos recientemente resueltos por la actual Corte, aportando con nuevos elementos al debate en torno a la cuestión central propuesta, mostrando como la revisión judicial robusta, puede acrecentar una crítica contramayoritaria pero al mismo tiempo, ser garante de los derechos fundamentales.

1. Corte Constitucional de Transición y su deferencia con el poder

En este período, la Corte parece consciente del anunciado problema contramayoritario. De hecho, el órgano jurisdiccional, de alguna manera abordó la cuestión en la sentencia 019-12-SIN-CC, de forma poco satisfactoria. En dicho proceso, con fundamento en el principio de supremacía de la Constitución en el marco del control de constitucionalidad de las leyes, la Corte afirmó que "...los jueces en el Ecuador tienen la última palabra sobre los derechos en prácticamente cualquier cuestión que se plantee la sociedad, "desplazando adecuadamente", a los órganos que participan en el debate democrático".[34] Así, a criterio de la Corte, los jueces "lejos de oponerse a la voluntad de la mayoría, dan efecto a la voluntad mayoritaria en efecto superior que expresa la Constitución. La Constitución posee aún mayor legitimidad democrática que la ley, y los jueces que hacen prevalecer ésta última no están imponiendo su propia autoridad y capacidad epistemológica, sino la que la Constitución refleja".[35]

A partir de esta argumentación, el órgano jurisdiccional pretendió dejar sentando de forma terminante sin posibilidad de diálogo, que éste es el órgano que posee la última palabra en cualquier cuestión constitucional. No obstante, el argumento que le sirvió de sustento dista de ser pacífico, encubriendo algunas prácticas elitistas de la revisión judicial.[36] De esta manera, la Corte olvidó que el argumento que subyace a la llamada

33. Nos referimos por control abstracto de normas a aquel tipo de control destinado a asegurar la supremacía constitucional, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico (artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador –LOGJCC-) que se ejerce sobre cuerpos normativos. Un contraste de normas que realiza la Corte Constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 436, numerales 2 y 4 de la Constitución Ecuatoriana de 2008.

34. Véase, la sentencia de la Corte 019-12-SIN-CC, pág. 10, de fecha 26/04/2012.

35. Ibíd., p. 11.

36. López Hidalgo (2017), p. 188.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

"obviedad de las cláusulas constitucionales" en materia interpretativa, aunque siendo atractivo en la medida en la que los jueces intervendrían solamente para vivificar la voluntad popular declarada en la forma objetivada por la Constitución, afronta algunas críticas justificadas.[37] Dicho argumento de la CCT, según el cual los jueces no están imponiendo su propia autoridad sino la que la Constitución refleja, evidencia la falta de atención oportuna a algunos cuestionamientos sobre la refutada claridad constitucional y su "única objetividad". Esta posición que pretende asegurar a la Corte un espacio dentro del orden democrático capaz de sortear la crítica, desatiende los cuestionamientos básicos que se han esgrimido en esa dirección. En efecto, la "última palabra" a la que aludido la Corte ecuatoriana no puede ser utilizada para reemplazar al legislador, si, en la práctica, lo que se demuestra es un ejercicio poco consistente del derecho, sus instituciones y en perjuicio de la propia democracia.[38] Ese "desplazamiento adecuado" al cual ha hecho referencia la Corte en su sentencia resultaría tolerable, únicamente, en la medida en que el marco de justificación y argumentación resulte racional y controlable a efectos de corregir exclusivamente algunas patologías del sistema democrático y luego de dialogo previo. A pesar de ello, la práctica de la Corte ecuatoriana ha dado la razón a quienes critican la falta de legitimidad democrática de la justicia, cuando aducen que el orden democrático tiene todo que perder si ese desplazamiento del legislador por unos órganos elitistas es efectuado mediante una práctica poco permeable al debate en términos deliberativos, cerrando el diálogo ciudadano e institucional.

Como dato cuantitativo a tener presente, conviene destacar que en los casos en que la Corte conoció de acciones tendientes a dejar sin efecto actos normativos provenientes del Ejecutivo, aquélla no procedió a declarar la inconstitucionalidad de ninguna de las normas impugnadas.[39] Solamente, en un caso se procedió a declarar la inconstitucionalidad diferida mediante una sentencia modulativa.[40] Por el contrario, en los casos en que el Presidente ejerció la legitimación activa ante la Corte, procedió siempre a estimar favorablemente la demanda propuesta.[41]

Por otro lado, en este período de la Corte, de las 23 sentencias relativas a normas impugnadas ante la Corte de Transición respecto de actos provenientes del Legislador, en el 43% de ellas la Corte aceptó la acción y declaró la inconstitucionalidad del acto normativo. Solo en una de ellas se declaró la inconstitucionalidad reductora; otra aceptó la impugnación parcialmente y, en otras ocasiones, se dictó una sentencia modulativa interpretativa. En el resto, 57% (13 sentencias), la Corte rechazó las demandas propuestas.[42]

Bajo este escenario de la Corte de Transición, una primera lectura es que la anunciada dificultad contramayoritaria no parece un problema con el que deba lidiar el debate constitucional ecuatoriano, o, quizá, al revés, sea un debate que merece ser profundizado cuando lo que se alcanza a evidenciar son prácticas deferentes del órgano de revisión judicial en favor de los poderes públicos a los cuales está llamado a controlar, dejando por fuera cualquier posibilidad de diálogo constructivo para el sistema democrático.

37. Ibíd.

38. Ibíd., p. 189.

39. Véanse las sentencias de la Corte 005-09-SIN-CC, de fecha 03/09/2009; 005-10-SIN-CC, de fecha 10/06/2010; 005-11-SIN-CC, de fecha 12/10/2011 (en éste caso el voto salvado aceptaba la acción propuesta); 014-12-SIN-CC, de fecha 19/04/2012; 021-12-SIN-CC, de fecha 07/06/2012; 025-12-SIN-CC, de fecha 21/06/2012; 001-10-SIA-CC, de fecha 16/12/2010.

40. Véase, la sentencia de la Corte 009-10-SIN-CC, de fecha 09/09/2010.

41. Véase, las sentencias de la Corte 001-12-SIN-CC, de fecha 06/03/2012 y 016-12-SIN-CC, de fecha 26/04/2012.

42. López Hidalgo (2018), p. 228.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Una segunda lectura es que ésta actuación de la Corte, al preservar las normas emanadas del legislador sin declarar su inconstitucionalidad, podría mirarse como un acto de deferencia y "diálogo respetuoso" de la Corte para con el cuerpo parlamentario y sus credenciales democráticas bajo el principio *in dubio pro legislatore* morigerando los rasgos de un sistema fuerte de revisión judicial, hacia los márgenes de un constitucionalismo débil.[43] No obstante, esa feliz consecuencia parece lejana cuando las condiciones que debieron haber hecho posible una actuación en términos dialógicos, estuvieron marcadas por un parlamento con escasa deliberación y atención al debate público y ciudadano, susceptible, únicamente, a las demandas y peticiones que tenían como origen un ejecutivo poderoso que a su vez, cooptó mayoritariamente dicha asamblea parlamentaria. Es decir, una fachada de deferencia democrática, que encubría una defensa en el orden judicial para el propio poder de turno.

Como se ve, los jueces de la Corte en este período fueron conscientes del problema contramayoritario, no obstante, prefirieron escudarse en la supremacía sin más, del órgano que representan, denostando la posibilidad de diálogo y ratificando de cualquier modo, las normas de origen parlamentario a las cuales estaban llamados a controlar. Una deferencia complaciente con el poder de turno que anuló cualquier posibilidad de discusión relativa al tema contramayoritario.

2. Primera Corte Constitucional y su deferencia con el poder

Al igual que lo que sucedió con la Corte de Transición, la primera Corte también consciente de la problemática que se vierte sobre un ejercicio de su actividad; sin embargo, los resultados serían los mismos: una deferencia funcional y complaciente respecto del órgano controlado. Así, la Corte manifestó que "...cada nueva legislatura debe entendérsela desde la perspectiva de la voluntad democrática diferente...",[44] con lo cual, se reafirma la cláusula general de configuración legislativa y el respeto al principio mayoritario.[45] No obstante, ésta inicial auto advertencia de contención de la Corte para con el legislador democrático, tomo otros giros en casos de especial relevancia que ponen en evidencia la tensión Corte-legislador y que, además, cuentan con un ingrediente especial, la intervención del Presidente de la República.[46] De hecho esto es lo que ocurrió por ejemplo en la sentencia 009-13-SIN-CC relacionado a la impugnación hecha por el Presidente de la República a la Ley Orgánica de la Función Legislativa.[47]

A pesar de que, según la Corte, con una declaratoria de inconstitucionalidad sustitutiva emitida en este caso se habría incentivado el diálogo abierto y democrático[48] entre el Ejecutivo y el Legislativo, -lo cual es llamativo-, lo cierto es que no existe en éste período de la Corte, una práctica deliberativa clara y consolidada que en el marco de un constitucionalismo dialógico incentive una práctica de colaboración armónica del

43. Roa (2015).

44. Véase, la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC de fecha 17/09/2014.

45. Casos en donde la Corte Constitucional reconoce el margen de configuración legislativa son, entre otros: 007-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013, 008-13-SIN-CC, de fecha 13/06/2013; 010-13-SIN-CC, de fecha 25/09/2013; 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014; 005-15-SIN-CC, de fecha 18/03/2015.

46. Véase, la sentencia de la Corte 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013.

47. López Hidalgo (2018) p. 256-257.

48. Véase, la sentencia de la Corte 009-13-SIN-CC, pág. 12, de fecha 14/08/2013, cuando indica: "...Al respecto se considera que la facultad de sanción y objeción (veto) presidencial, otorgada al Ejecutivo por la Constitución, no debe entenderse como un mecanismo de oposición, al contrario supone un medio para garantizar el principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*), por medio del cual se busca establecer una colaboración mutua ente el Ejecutivo y el legislativo, con el objeto de alcanzar los fines del Estado, además de prevenir una invasión del legislativo en la actuación y administración del poder Ejecutivo, logrando alcanzar un verdadero equilibrio de poderes".

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

ejercicio del poder público.[49] De hecho, el desbalance constitucional –advertido por Gargarella para el constitucionalismo latinoamericano-, en favor de un presidencialismo acentuado como el ecuatoriano[50] parece confirmarse también en las sentencias que fueron emitidas por la Corte en éste período y que fueron favorables al Ejecutivo.[51]

Aun cuando los márgenes de intervención del órgano jurisdiccional en materia de control abstracto respecto de normas provenientes del legislador no ha sido elevada más allá de algunas pocas declaratorias de inconstitucionalidad, la evidencia llega a resultar alarmante en aquellas acciones en las que quien acudió como legitimado activo a la Corte, fue el Ejecutivo.[52] Si bien en el período analizado son pocos los casos propuestos por el Presidente de la República como legitimado activo, orientados a dejar sin efectos leyes del parlamento -órgano en el cual existió además una mayoría oficialista, la Corte aceptó todas las demandas presentadas por aquél, declarando la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.[53] De otro lado, cuando fueron otros los legitimados activos que presentaron acciones contra normas provenientes del Presidente, salvo en una ocasión, en la que se aceptó parcialmente la demanda,[54] no se registraron declaratorias de inconstitucionalidad por parte de la Primera Corte Constitucional.[55]

Como dato, más allá de aquellos casos donde se han presentado *amicus curiae*,[56] con miras a atenuar los rasgos más elitistas de la función, -los cuáles no han tenido mayor trascendencia en las decisiones de la Corte-,[57] o se ha dispuesto la publicación de la demanda de inconstitucionalidad para que cualquier interesado en la causa pueda comparecer al proceso constitucional, la Corte no ha destacado como un órgano que haya promovido con especial relevancia dentro del sistema constitucional, una participación deliberativa en el marco de un constitucionalismo dialógico. Y es que, como suele ocurrir, propuestas e iniciativas que aparecen como novedosas respecto de la participación institucional, son aprovechadas en su prestigio para presentar como soluciones dialógicas, prácticas que solo pretenden justificar algunas de las decisiones constitucionales más controvertidas.[58] Ahora, es posible que el problema se deba a la dificultad que todavía existe para definir con precisión los contornos de las soluciones dialógicas, frente a lo que se consideran

49. López Hidalgo (2017), p. 191.

50. Sobre el hiper presidencialismo en el caso ecuatoriano puede consultarse Salgado (2015), pp. 399-423.

51. Un criterio compartido, esta vez en relación con la Corte de Transición puede consultarse en Salgado (2013).

52. López Hidalgo (2017), p. 192.

53. Véase las sentencias de la Corte 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013; 009-15-SIN-CC, de fecha 31/03/2015; 011-15-SIN-CC, de fecha 08/04/2015.

54. Véase, la sentencia de la Corte 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014.

55. Véanse las sentencias de la Corte 003-13-SIN-CC, de fecha 04/04/2013; 006-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013; 001-14-SIN-CC, de fecha 21/05/2014; 012-15-SIN-CC, de fecha 22/04/2015; 013-15-SIN-CC, de fecha 29/04/2015 y 018-15-SIN-CC, de fecha 03/06/2015.

56. Véase, por ejemplo, las sentencias de la Corte 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014 y 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014. Por su parte la LOGJCC en su artículo 12 manifiesta: "Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado".

57. Aun así, Roberto Gargarella destaca el especial papel que los *amicus curiae* pueden tener en las decisiones de la Corte. Se trataría –dice el autor- de una práctica muy difundida en Estados Unidos, consistente en la presentación de alegatos muchas veces redactados por personalidades o grupos de conocida trayectoria que complementan a los ya presentados por las partes y que generalmente suelen tener un peso importante en los fallos, contribuyendo a atenuar la crítica contramayoritaria. Véase, Gargarella (1996), p. 107.

58. Un ejemplo de lo dicho son las denominadas audiencias públicas que la Corte Constitucional llevó a cabo dentro del control de constitucionalidad sobre el pliego de preguntas que fueron propuestas por el Presidente de la República en ese período, las mismas sólo sirvieron para presentar como prácticas dialógicas una decisión judicial controvertida. Véase al respecto, el dictamen de la Corte Constitucional ecuatoriana 001-11-DRC-CC, de fecha 15/02/2011.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

remedos de prácticas deliberativas donde la última palabra de la Corte termina siendo siempre, en la práctica, la única palabra, sin la posibilidad de una revisión posterior y sin dialogo democrático.[59] Con tales antecedentes, y frente a las escasas evidencias de prácticas deliberativas o dialógicas, la crítica al ejercicio jurisdiccional de la Corte tiende a acentuarse, pero, no dentro de los términos de la clásica dificultad contramayoritaria, sino, más bien, porque pone de relieve prácticas llamativas de deferencia funcional a favor de ciertas ramas del poder público, instrumentalizando la práctica jurídica en favor del poder político de turno que somete a sus designios a los mas altos órganos de justicia.

Lo dicho se ha vuelto más patente en casos en donde la Corte (001-14-DRC-CC) habilitó vía jurisprudencia la posibilidad de que el Ejecutivo adelantara una reforma (in)constitucional que permitiese la relección indefinida bajo el escandaloso argumento de que una decisión de esta naturaleza no restringe derechos sino que los amplia, configurando en términos de Landau y Dixon, un constitucionalismo abusivo.[60] En fin, estas notas parecen indicar que, aunque el diseño constitucional ecuatoriano parece contramayoritario en su origen por ser partidario de una opción judicialista robustecida con una Corte que detenta "la última palabra", en la práctica, este temor inicial tiende a diluirse en diseños institucionales en donde la Corte parece más bien deferente con un Ejecutivo reforzado[61] disfrazando de dialogo institucional varias decisiones controvertidas en apoyo a un legislador todo poderoso. Al parecer el antídoto constitucional vigente –Corte Constitucional con amplias facultades- frente al constitucionalismo más tradicional que se impone desde el propio momento constituyente,[62] subordina una práctica judicial que se espera emancipadora y, al mismo tiempo, marca la idea de una justicia desencajada en el engranaje de un constitucionalismo que es presa de unos poderes de turno.[63]

3. Corte Consitucional de 2019: ¿Rasgos de una Corte contra-mayoritaria?

Luego de que por varios meses el Ecuador no contara con una Corte Constitucional -lo cual abre algunos escenarios de discusión-, a raíz de procesos de reformas constitucionales implementados para la evaluación y nueva designación de varias autoridades del Estado a cargo de la denominada Función de Transparencia y Control Social y su Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio como el órgano más visible de dicha función[64] y, con unas nuevas reglas de juego institucionales,

59. Por ello, más allá de la amplitud con que la que la ciudadanía pueda y deba participar realmente en la tarea de revisión judicial, lo cual supone una arista de diálogo democrático (cortes-ciudadanos), una segunda arista de diálogo democrático, esta vez en la dimensión corte-legislador, sólo es posible si la decisión judicial de anular una ley puede generar en el parlamento una reacción positiva para incorporar al nuevo debate legislativo condiciones que hayan sido puestas de relieve en la decisión judicial y que en un inicio no fueran consideradas en la esfera legislativa. Así, la Corte podría haber forzado un tema que el órgano legislativo habría preferido no tratar en su agenda y, por supuesto, los términos precisos de cualquier ley nueva se verían poderosamente influenciados por la decisión de la Corte. Véase, al respecto, Hogg y Bushell (2014), p. 19.

60. Dixon y Landau (2019).

61. Conviene aclarar que, también el Tribunal Constitucional en su momento –según Agustín Grijalva- funcionó con extrema deferencia al Congreso de los Diputados, produciéndose una instrumentalización o manipulación del Derecho en favor del juego político-partidista. Véase, Grijalva (2011), pp. 199-200.

62. Como en efecto ha indicado el profesor Gargarella, el sistema institucional en sus inicios fue pensado y desarrollado con pobres concepciones democráticas, cuando no fueron diseñados de forma directa en contra de un verdadero ideal democrático. Véase, Gargarella (2002).

63. Gargarella "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes". Disponible en [http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf].

64. La denominada Función de Transparencia y Control Social como una nueva función del Estado en el diseño institucional de la Constitución ecuatoriana y, su órgano más visible, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, ha sido ampliamente cuestionado desde una teoría democrática por cuanto, concentra excesivas atribuciones que favorecen un diseño constitucional reforzado en favor del Ejecutivo. Véase al respeto los artículos 204, 205, 206, 207 y 208 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

se integraría la última Corte Constitucional en funciones hasta la actualidad. Dicha Corte inició sus actividades en febrero de 2019 y ha estado marcada por el pasado cercano de sus antecesoras así como por una expectativa importante en términos de consolidar algunos espacios de protección de los derechos que destacan en el proyecto constitucional de 2008.

Si bien es temprano para una evaluación de mayor alcance respecto del accionar de ésta última Corte, algunos rasgos recientes muestran un giro positivo e importante que puede estar adoptando la justicia constitucional en el juego democrático ecuatoriano. El reconocimiento del denominado matrimonio igualitario vía jurisprudencia (sentencia 10-18-CN-19, y 11-18-CN-19) como un paso adelante en la protección de los derechos, puede ser una muestra. Sin duda, una decisión de la Corte mucho más activista-progresista, comprometida con unas minorías aisladas, lo cual vuelve a poner en la mesa de discusión el especial papel de la justicia en una democracia.

Lo dicho no supone una aceptación favorable sin más respecto del accionar de la Corte, al contrario, fuertes críticas podrían hacerse respecto de la argumentación dada en el caso concreto del matrimonio igualitario, pero, sin duda, marcan un nuevo momento en el ejercicio del control.[65] Ciertamente, la decisión ha encendido el debate constitucional en torno a la crítica contramayoritaria, rol de la Corte y su accionar en términos de los procesos interpretativos que lleva a cabo, técnicas de argumentación y de justificación válida de una decisión que se estima razonable,[66] -lo cual fue denunciado en el voto salvado-, no obstante, un giro contramayoritario de carácter progresista puede estar marcando el ideario de la nueva Corte. Y con ello, nuevamente, la pregunta ¿Cuál es el coste o beneficio que esto tiene para una democracia?

Incluso, casos muy recientes como la sentencia de 28 de abril de 2021 que despenalizó el aborto como consecuencia de violación a través de un juicio de ponderación constitucional, (sentencia 34-19-IN/21 y acumulados) constituye otra muestra más de que los debates se han trasladado nuevamente hacia la actividad Corte y la función que desempeña.

Una primera aproximación podría sugerir que la última Corte ha venido a ocupar un espacio en el que la política ha dejado ausente en términos de discusión democrática, a minorías aisladas o grupos sociales históricamente discriminados, desplazando los debates centrales de los derechos del Parlamento hacia la Corte con miras a "corregir" en algún modo la inercia legislativa y el déficit de discusión y deliberación. Aunque interesante, se trata de una hipótesis también preocupante puesto que el legislador habría liberado espacios de discusión en favor del órgano de control, evitando discusiones constitucionales de derechos, quizá, por razones de conveniencia política[67] tal como habría sucedido en el debate parlamentario sobre la despenalización del aborto años atrás que no encontró el eco y la discusión necesaria en la Asamblea Nacional.

Por otro lado, convendría indagar si la designación de los jueces constitucionales actuales a través de un proceso público de méritos, ha sido una variable que ha incidido de forma positiva tanto en la "calidad" de los jueces que integran la nueva Corte, así como, en el accionar de la misma, tendiendo presente que en las Cortes que le antecedieron

65. Un análisis de la decisión puede verse en López Hidalgo y Correa Vazquez (2020).

66. Me refiero particularmente a la puesta en práctica de un dudoso juicio de ponderación, proporcionalidad constitucional o *balancig test* llevado a cabo dentro del dictamen de la Corte Constitucional, como base central de su razonamiento jurídico. (casos 11-18-CN y 10-18-CN).

67. Tushnet (1999).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

a la de 2019, el proceso de designación de los jueces estuvo muy ligado a los poderes de turno, especialmente, al ejecutivo, socavando de esta forma las bases del sistema democrático de control.

De bueno, insistir en que al menos en uno de los casos resueltos sobre el tema del matrimonio igualitario, -puesto que se trató de dos procesos de consulta de norma con similares características-,[68] la Corte ha reenviado al órgano democrático para que sea éste el que regule la situación concreta al amparo de los límites fijados por el órgano jurisdiccional. No obstante, y como un dato a señalar, el parlamento nacional, a pesar del exhorto de la Corte no ha dado paso a ninguna relación al respecto, desatendiendo el mandato judicial de la Corte y diluyendo la esperanza democrática de diálogo y discusión nacional en los márgenes fijados por la decisión de la Corte.

Por otro lado, especial atención merece en la insistencia que ha hecho la Corte actual sobre el especial rol de la discusión y deliberación democrática que debe encabezar el parlamento. En varias decisiones la Corte ha insistido sobre la potestad de libre configuración legislativa que detenta el legislador y la necesaria intervención dialógica que debe guiar la discusión parlamentaria. Paradójicamente, y como para tener en cuenta, al interior de la misma Corte, algunos votos salvados han echado de menos una práctica deliberativa y dialógicas que condensan las decisiones más trascendentales del órgano de control[69] exhortando una necesidad de dialogo y discusión nacional más amplia en torno a cuestiones centrales sobre derechos.

Así, si como queda indicado, la Corte como institución del control en sus inicios aparecía como guardián de los poderes públicos y no de los derechos, lejana a una preocupación original de la crítica contramayoritaria en su versión clásica; hoy, al menos en apariencia, parece interesada en un papel más activo en la protección de los derechos; no obstante, el coste deliberativo y democrático sigue estando presente. Habrá que esperar a ver cuál es el desarrollo jurisprudencial posterior en momentos de especial preocupación para la democracia actual y los derechos sociales (tiempos de Covid-19), en donde el ejecutivo ha echado mano de forma recurrente de los denominados estados de excepción; y, la Corte, en un ejercicio de contención de los poderes excepcionales, embestido de un rol contramayoritario y en tutela de los derechos fundamentales, ha dejado claro cuál es el alcance de la excepcionalidad.

Aun así, y con las advertencias realizadas respecto del actuar de la Corte, sumado a los profundos desacuerdos que puedan existir en una sociedad democracia, se vuelve tanto o más importante insistir de qué modo el debate público desalentado, puede ser recuperado como la esencia de una ciudadanía activa;[70] no solamente en las arenas judiciales, sino, en un sentido verdaderamente democrático popular, sin tener que esperar, -necesariamente y como último mecanismo de contención y protección-, de un órgano de control con la última palabra a través del cual se filtran varias preocupaciones sociales.

68. La consulta de norma, o consulta de constitucionalidad en el caso ecuatoriano, es una institución que se articula dentro del control de constitucionalidad y que tiene como finalidad garantizar la coherencia de las normas que integran el sistema jurídico, al tiempo de asegurar la supremacía constitucional. Es en ese contexto del control en donde se suscitaron los casos 11-18-CN y 10-18-CN, en los cuales el máximo órgano de control e interpretación constitucional en el Ecuador resolvió dos consultas relacionadas con el matrimonio igualitario, a partir de la disposición contenida en el artículo 67 de la Constitución de la República

69. De hecho el voto salvado de la Jueza Nuques en el caso de la despenalización del aborte es una muestra. (Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados)

70. Waldron (2015 a)), p. 348.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

De hecho podría suceder que un giro progresista para los derechos, no sea una cuestión alentadora o de largo alcance puesto que, se corre el riesgo que interpretaciones y argumentaciones que aparecen como garantistas-progresistas en un momento, pero que carecen de justificación de mayor calado, puedan ser utilizadas bajo los mismos criterios para momentos de restricción y desconocimiento de los derechos. Dicho en otras palabras, un activismo conservador podría valerse de una interpretación progresista para frustrar algunas reivindicaciones de los derechos. Eso sólo evidenciará un desgaste apresurado de la legitimidad de la justicia constitucional.

Para concluir baste decir que se puede hablar de un optimismo constitucional cauteloso y estratégico de las cortes en favor de los derechos, así como de una especial posición de contención frente a sistemas autoritarios,[71] no parece que esta idea pueda llegar a consolidarse en el largo plazo en el caso ecuatoriano más allá de lagunas muestras aisladas de activismo judicial progresista, ya que los diseños institucionales en donde los jueces se desenvuelven, no presentan mayores incentivos para una actuación trasformadora de largo alcance. Lo dicho confirmaría la tesis de Roberto Gargarella y su visión escéptica del rol de la justicia en el sistema democrático latinoamericano, desalentado por pactos constitucionales que son hostiles a las mayorías populares.[72]

IV. REFLEXIONES FINALES.

A pesar de que la obsesión del debate contramayoritario continúa latente en la tradición norteamericana, incluso frente al resto del mundo democrático que asumió un modelo de cortes o tribunales encargados de la guarda constitucional, el debate para el caso ecuatoriano ha sido inexistente, en un modelo en donde la Corte ha asumido el carácter de guardián natural del pacto fundamental.

En ese contexto, aunque resulte necesaria la revisión judicial por su compatibilidad con los ideales más nobles del constitucionalismo, su aceptación se encuentra más allá de simples estipulaciones terminológicas o asunciones apriorísticas. Más aun, en el sistema ecuatoriano en donde se mira con especial preocupación por una apuesta fuerte en favor de una opción judicialista robusta con el carácter de última palabra adoptado a partir de la Constitución de 2008. De ahí que una reflexión que se apoya en una verificación empírica en relación al ejercicio de la anunciada legitimidad democrática de la revisión judicial, resulta necesario. De otra manera, todas las inquietudes que ha suscitado la crítica contramayoritaria reaparecen con especial contundencia en contra de la Corte, pero, aún más, vuelven injustificables las prácticas judiciales de deferencia funcional en favor de los poderes públicos cuando no se alcanza a evidenciar una carga de argumentación racional y controlable.

A pesar de lo dicho y de la importancia del debate contramayoritario, el "problema" de un activismo judicial, minando unas competencias del legislador, no parece existir en el ideario de las primeras Cortes ecuatorianas. Al contrario, en los dos primeras experiencias de Corte Constitucional a partir de la Constitución de 2008, lo que se evidencia es un exceso de autocontención; o, dicho de manera clara, de deferencia funcional con el Ejecutivo y, por extensión, a un Legislativo de mayoría oficialista, sin que el órgano de revisión haya utilizado de manera decisiva todas sus atribuciones constitucionales hasta llegar a convertirse en un órgano contra-mayoritario.

71. Pou Gimenez (2019).

72. Gargarella (2019).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En efecto, aunque el diseño constitucional ecuatoriano parece contramayoritario en su origen, otorgando un gran poder a los jueces en el marco de una Constitución que se estima garantista, en la práctica, la temida dificultad tiende a diluirse en su versión original cuando la Corte parece más bien complaciente con un modelo hiperpresidencial y con un poder al cual está llamado a controlar, auspiciando los más caros caprichos del poder de turno como puede ser la reelección presidencial indefinida, acentuada por un diseño institucional desbalanceado.

Solamente a partir de la vigencia y ejercicio de la reciente Corte Constitucional de 2019 y de algunos casos paradigmáticos que han sido resueltos como: el matrimonio igualitario; la despenalización del aborto en casos de violación; o, declaratorias de inconstitucionalidad de estados de excepción, a reaparecido con inusitado interés el debate de la crítica contramayoritaria en el Ecuador.

Finalmente, el mismo diseño constitucional de los derechos con una Corte fuerte, robusta, pero independiente, puede hacer aparecer rostros más activos, progresistas y comprometidos del actuar jurisdiccional al punto de convertirla en un agente central del juego democrático. No obstante, el costo democrático que ello supone no habría desaparecido por completo, obligando a ajustar los diseños institucionales tanto en las arenas judiciales como parlamentarias, pero, fundamentalmente, recuperando la última palabra para el pueblo como una preocupación igualitaria de largo alcance.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (1991): We the People: Foundations (Cambridge, Harvard University Press).
- ALEXY, Robert (2003): "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", en Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo(s) (Madrid, Trotta).
- ARAGÓN REYES, Manuel (1995): Constitución y control de poder (Buenos Aires, Ciudad Argentina).
- BASABE, Santiago (2011): Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007) (Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador).
- BAYON, Juan Carlos (2004): "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Jerónimo Betegón y Francisco J. Laporta, Constitución y derechos fundamentales (Madrid, CEPC).
- BELLO HUTT, Donald. (2017): "Revisión judicial y democracia deliberativa en términos de teoría departamental y constitucionalismo popular", en Bajo Palabra-Revista de filosofía, (Nro. 17).
- BICKEL, Alexander (1986): The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, (Nueva Haven, Yale University Press).
- DIXON, Rosalind y LANDAU, David (2019): "El constitucionalismo transnacional y una limitada doctrina de enmienda constitucional inconstitucional", en Roberto Niembro y Sergio Verdugo (editores), La justicia constitucional en tiempos de cambio, (Icons México- Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- DWORKIN, Ronald (1996): Freedom´s Law. The moral Reading of the American Constitution (Cambridge, Harvard University Press).
- ELY, John (1997): Democracia y Desconfianza: Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust) (Bogotá, Universidad de los Andes / Siglo del Hombre).
- FERRAJOLI, Luigi (2009): "La democracia constitucional", en Christian Courtis, comp., Desde otra mirada (Buenos Aires, Eudeba).
- FERRAJOLI, Luigi (2008): Democracia y garantismo (Madrid, Trotta).
- FERRERES COMELLA, Víctor (2010): "El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., El canon neoconstitucional (Madrid, Trotta).
- FERRERES COMELLA, Víctor (2012): Justicia; Justicia constitucional y democracia, (Madrid, CEPC).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): La Constitución como norma y el tribunal constitucional (4ta. ed., Madrid, Civitas).
- GARGARELLA, Roberto (1997): "Del reino de los jueces al reino de los políticos", Jueces para la democracia (No. 28).
- GARGARELLA, Roberto (2014): "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos", en Roberto Gargarella, comp., Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática (Buenos Aires, Siglo XXI).
- GARGARELLA, Roberto (2014): "El 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'", El País (Madrid), 20 de agosto de 2014. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html].

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- GARGARELLA, Roberto "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes". Disponible en [http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf.]
- GARGARELLA, Roberto (2015): "El nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral (vol. 48, nro.1).
- GARGARELLA, Roberto (2019): "La revisión judicial para las democracias latinoamericanas", en Roberto Niembro y Sergio Verdugo (editores), La justicia constitucional en tiempos de cambio, (Icons Mexico- Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- GARGARELLA, Roberto (2002): Crisis de la representación política (México DF, Fontamará).
- GARGARELLA, Roberto (1996): La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial (Barcelona, Ariel).
- GARGARELLA, Roberto (2008) "Constitucionalismo vs. Democracia" en Roberto Gargarella, coord., Teoría y crítica del derecho constitucional (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- GRIJALVA, Agustín (2011): "Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en el Ecuador", en Constitucionalismo en Ecuador (Quito, CEDEC / CCPT).
- HOGG, Peter y BUSHELL, Allison (2014): "El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas" en Gargarella, comp., Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática (Buenos Aires, Siglo XXI editores).
- KELSEN, Hans (1995): ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Madrid, Tecnos).
- KRAMER, Larry (2004): The People Themselves. Popular Constitucionalism and Judical Review (Nueva York, Oxford University Press).
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián (2017): "Dificultad contramayoritaria y la corte constitucional ecuatoriana" en Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana (Quito, Universidad de Cuenca)
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián (2018): Reflexiones acerca de le legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador (vol. 4, Quito, Serie Derecho y Sociedad-Universidad Andina Simón Bolívar).
- LÓPEZ HIDALGO, Sebastián y CORREA VÁZQUEZ, Alexandra (2020): Matrimonio igualitario en Ecuador: entre el activismo constitucional y la autorrestricción judicial en la Corte Constitucional ecuatoriana, en Anuario de Derecho Constitucional Latinomaericano (Bogotá. Fundación Konrad Adenauer Stiftung).
- MARTÍ, José Luis (2006): La república deliberativa: Una teoría de la democracia, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MORESO, José Juan (2003): "Derechos y justicia procesal imperfecta". En Francisco Laporta, edit., Constitución: Problemas filosóficos (Madrid, CEPC).
- NINO, Carlos Santiago (1992): Fundamentos de derecho constitucional (Buenos Aires, Astrea).
- NINO, Carlos Santiago (1997): La Constitución de la democracia deliberativa, (Barcelona, Gedisa).
- PEÑA FREIRE, Manuel (1997): La garantía en el Estado Constitucional de derecho (Madrid, Trotta).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- POU GIMÉNEZ, Francisca (2019): "Las cortes latinoamericanas en contexto de democracias dislocadas: un análisis desde el optimismo estratégico", en Roberto Niembro y Sergio Verdugo (editores), La justicia constitucional en tiempos de cambio (Icons Mexico- Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- ROA ROA, Jorge (2015): El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia (Universidad Externado de Colombia, Serie Documentos de Trabajo, nro. 40).
- RODRÍGUEZ, Diego (2011): Control judicial de la ley y derechos fundamentales: Una perspectiva crítica (Madrid, CEPC).
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2004): "Constitucionalismo y democracia", en Isonomía, (No. 21).
- SALGADO PESANTES, Hernán (2013): "¿Guardianes o sepultureros de la Constitución de 2008?: Primer balance de la Corte Constitucional en transición", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Madrid, CEPC).
- SALGADO PESANTES, Hernán (2015): "Estado de Derecho e hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano" en Derecho Constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle (San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A).
- SALGADO PESANTES, Hernán (1997): "La jurisdicción constitucional en el Ecuador", en Fernández Segado y García Belaunde, coord., La jurisdicción constitucional en Iberoamérica (Madrid, Dykinson).
- SCHMITT, Annette (2002): "¿Necesita la democracia una Constitución protegida?", en Pablo Navarro y Cristina Redondo, comp., La relevancia del derecho (Barcelona, Gedisa).
- SCHMITT, Carl (1983): La defensa de la Constitución, Madrid, Tecnos.
- TUSHNET, Mark (2012): ¿Por qué la Constitución importa? (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- TUSHNET, Mark (1999): Takin the Constitution Away from de Courts (Princeton University Press).
- UPRIMNY, Rodrigo (2013): "Estado de derecho", en Eunomía Revista en Cultura de legalidad, (No. 5).
- WALDRON, Jeremy (2005 a.): Derecho y desacuerdos, (Law and Disagreement), (Madrid, Marcial Pons)
- WALDRON, Jeremy (2005): The core of the case againsts judicial review, en Yale Law Journal, (Nro. 115).

Fuente Normativa

- Constitución de la República del Ecuador de 2008. (RO 449: 20-oct-2008).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador. (RO-2S 52: 22-oct-2009).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Fuente Jurisprudencial

- Dictamen 001-11-DRC-CC, de fecha 15/02/2011
- Sentencia 001-10-SIA-CC, de fecha 16/12/2010
- Sentencia 001-12-SIN-CC, de fecha 06/03/2012
- Sentencia 001-14-SIN-CC, de fecha 21/05/2014
- Sentencia 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014
- Sentencia 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014
- Sentencia 003-13-SIN-CC, de fecha 04/04/2013
- Sentencia 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014
- Sentencia 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014
- Sentencia 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014
- Sentencia 005-09-SIN-CC, de fecha 03/09/2009
- Sentencia 005-10-SIN-CC, de fecha 10/06/2010
- Sentencia 005-11-SIN-CC, de fecha 12/10/2011
- Sentencia 005-15-SIN-CC, de fecha 18/03/2015
- Sentencia 006-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013
- Sentencia 007-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013
- Sentencia 008-13-SIN-CC, de fecha 13/06/2013
- Sentencia 009-10-SIN-CC, de fecha 09/09/2010
- Sentencia 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013
- Sentencia 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013
- Sentencia 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013
- Sentencia 009-15-SIN-CC, de fecha 31/03/2015
- Sentencia 010-13-SIN-CC, de fecha 25/09/2013
- Sentencia 011-15-SIN-CC, de fecha 08/04/2015
- Sentencia 012-15-SIN-CC, de fecha 22/04/2015
- Sentencia 013-15-SIN-CC, de fecha 29/04/2015
- Sentencia 014-12-SIN-CC, de fecha 19/04/2012
- Sentencia 016-12-SIN-CC, de fecha 26/04/2012
- Sentencia 018-15-SIN-CC, de fecha 03/06/2015
- Sentencia 019-12-SIN-CC, de fecha 26/04/2012
- Sentencia 021-12-SIN-CC, de fecha 07/06/2012
- Sentencia 025-12-SIN-CC, de fecha 21/06/2012
- Sentencia consulta de norma 10-18-CN
- Sentencia consulta de norma 11-18-CN ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

PROBLEMAS EN TORNO AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LEY CONSTITUCIONAL. REFERENCIA A LA LLAMADA LEY BONILLA EN MÉXICO

THE CONCEPT OF CONSTITUTION AND CONSTITUTIONAL LAW. THE SO-CALLED BONILLA LAW IN MEXICO

por Christian Yair Aldrete Acuña*
Tribunal Electoral del Estado de México

Cómo citar este artículo / Citation:
Yair Aldrete Acuña, Christian (2021):
Problemas en torno al concepto de constitución
y ley constitucional. Referencia a la llamada
ley Bonilla en México, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.

DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0108

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Zacatecas; Maestro en Ciencia Jurídico Penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales; Maestro en Estudios Jurídicos por la Universidad Autónoma del Estado de México; Estudiante del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de A Coruña.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

El artículo que a continuación se presenta, lleva por iniciativa reflexionar sobre los problemas jurídico-políticos acontecidos en el seno de la justicia constitucional del Estado mexicano, donde a partir del acto legislativo de una Entidad Federativa, se avizora una, más que clara, violación al mandato Constitucional de corte federal, donde los poderes constituidos regionales tergiversando su función y alcance, pretenden actuar como poderes constituyentes, creando y ejecutando, a contentillo e interés particular, cambios estructurales en sus aparatos normativos internos.

Ello nos lleva a observar una evidente falla interpretativa en lo que debe entenderse por Constitución y Poder Constituyente, donde se pone en riesgo la comprensión del principio democrático de soberanía popular y del principio jurídico de supremacía constitucional. Ante ello, proponemos un estudio en un doble cauce: por un lado, abordaremos un trato teórico de las Ciencias Constitucionales al diferenciar entre Constitución y ley constitucional; y, por otro lado, realizaremos un estudio de interpretación jurisprudencial, sobre la base teórica que se postula.

Palabras clave: Constitución, Ley Constitucional, Poder Constituyente, Poderes constituidos, Supremacía constitucional.

ABSTRACT

The article that follows is presented, as an initiative, to discuss the legal-political problems that occurred within the Constitutional Justice of the Mexican State, where, from a legislative act of a Federal Entity, it is presented, violation of the Constitutional mandate Federal court, where the regional constituted powers, misrepresenting their function and scope, intend to act as constituent powers, creating and executing, to their own liking and particular interest, structural changes in their internal regulatory apparatuses.

This leads us to observe an evident interpretive failure in what should be understood by Constitution and Constituent Power, where the understanding of the democratic principle of popular sovereignty and the legal principle of constitutional supremacy is put at risk. Given this, we propose a study in a double channel: on the one hand, we will address a theoretical treatment of Constitutional Sciences when differentiating between Constitution and Constitutional Law; and, on the other hand, we will carry out a study of jurisprudential interpretation, on the theoretical basis that is postulated.

Keywords: Constitution, Constitutional law, Constituent power, Powers constituted, Constitutional supremacy.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN

Este trazado se insta a partir de un acto judicial nacido dentro del Estado mexicano, en el que se somete a discusión jurisdiccional de corte Federal, la legalidad con que actuó un poder constituido regional, que haciendo uso de sus facultades legislativas, incrementó vía reforma constitucional la temporalidad del ejercicio en la representatividad del ejecutivo regional electo, lo que trajo consigo un impacto en la propia legitimación de su ordenamiento local, específicamente dentro de su cuerpo normativo de orden constitutivo, es decir, de su Constitución Política Local, actuación que claramente se colocó a sí misma en un escenario de extrapolación de funciones de poder constituido.

En términos generales, en el Estado de Baja California para el año 2019, se celebraron elecciones para elegir, entre otros, a quien ocuparía el cargo de ejecutivo de dicha entidad federativa. En inicio y conforme al designio de la Constitución Federal, el periodo por el cual habría de elegirse, al entonces, próximo gobernador de dicha entidad federativa, correría del 2019-2021, con la finalidad de que los regímenes gubernamentales de las autonomías, así como sus respectivas elecciones, pudieran celebrarse en forma concurrente con al menos una elección federal, ello en atención a lo establecido por el inciso n) de la fracción IV del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[1]

Es el caso que, una vez desarrollado el proceso comicial respectivo, y toda vez que no fueron fructíferos una cantidad importante de medios de impugnación que pretendían ampliar la temporalidad para el ejercicio de representatividad, es que desde la legislatura de dicho Estado, vía procedimiento de reforma constitucional local, se emitió un Decreto por el que se reformó el artículo octavo transitorio de la Constitución Política de dicha entidad y se estableció que la Gubernatura electa en el proceso electoral 2018-2019 iniciaría funciones el primero de noviembre de dos mil diecinueve para concluir el treinta y uno de octubre de dos mil veinticuatro.

A partir de este caso que contempla la valoración, *prima facie*, de violaciones a principios político-electorales, productos de un procedimiento de reforma constitucional de nivel local, proponemos un estudio y análisis dialéctico entre teoría y praxis constitucional. Por una parte y, en sede teórica, se plantea dejar presente las vicisitudes que enfrenta la norma suprema como concepto político-social de orden fundamental, cuando en un Estado federado como el caso mexicano, se acepta legislativa y judicialmente la existencia de más de una Constitución fundante y, en consecuencia, la coexistencia, igualmente, de múltiples Poderes Constituyentes, el primero de ellos en un ámbito federal y, los subsecuentes, respecto a autonomías locales.

Se pone de manifiesto, lo desafortunado de tal percepción y lo inadmisible de ello, pues principios como el de soberanía popular y el de supremacía constitucional, se ponen en juego, al percibir ya no sólo una homologación en el nombre de los aparatos normativos, sino en el alcance y poder que pretenden ejercer los poderes constituidos, tanto de la federación, como de las entidades que la conforman.

Una de las temáticas más debatibles dentro de las Ciencias Constitucionales es el entendimiento del concepto de Constitución.[2] Para nadie resulta ajeno, ni difícil, com-

1. Como podrá observarse en el documento base de análisis, la convocatoria que refirió el inicio del proceso electoral para el Estado de Baja California, fue motivo de un caudal amplio de impugnaciones al pretender que el periodo de 2 años (2019-2021) para el que se llamó al voto de la sociedad, se amplificara de 2019 a 2024.

2. Véase por ejemplo: De Bergottini (1976: pp. 274 y ss.); Zagrebelsky (1988: pp. 75 y ss.); Burdeau (1983: Cap. I); Comanducci (1990: pp. 173 y ss.); Guastini (1999); Fioravanti (2011); Hesse (2012: 33-55); Salazar Ugarte (2015: pp. 1930-1958).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

prender que la Ley Fundante de un Estado como expresión del principio democrático de soberanía popular, deberá pasar en todo tiempo y lugar, siempre que así lo demande la propia sociedad, como la Norma Suprema de la organización política, como unidad material (Hesse: 2012: 34), como integración estatal (Smend, 1985: 63), al fin como proceso de elaboración consciente, organizado y planificado (Heller, 2017).

Sobre ella se enervan los sentimientos de pacto constitucional y democracia como modelo racionalizador del Estado de Derecho, precisamente sobre la idea de una Constitución, normativamente hablando, como aquel Código Político-Jurídico que tanto denunciara Heller en su Teoría del Estado (2017) y que se reforzara, en medida, con su obra sobre la Soberanía (2005).

La imagen de un sistema federal como es, por ejemplo, el caso del Estado mexicano (Serna de la Garza, 2016: 41 y ss), pone de relieve una grieta que penetra en lo profundo del núcleo de esa *lex superior*, al entender que el régimen federado de Estado, implica la co-existencia en comunión de una diversidad de entidades con autonomía e independencia de organización política, y una edificación concéntrica de Federación (p. 49). Es decir, por un lado, existe el Estado mexicano como ente unificado para el Derecho internacional, pero por el otro, es en sí mismo una construcción plural de varios sujetos estatales, todos anclados sobre un pacto constitucional genérico.

Ello quiere decir, que en inicio sólo se puede dar en la realidad jurídica y política del país, una Constitución investida con las características de norma fundante. No obstante, el Poder Constituyente ha dejado abierta la posibilidad para que cada Estado Local pueda erigirse sobre la base de su propia norma creadora, misma que controlará en forma autónoma e independiente por lo que hace a su régimen interno, su propia ingeniería organizacional de corte político y jurídico, con la única limitante de respetar en todo momento el mandato de aquella Constitución, que debe decirse, es la que les ha dado la posibilidad de realizarlo (Carpizo, 1983: 115-117); permítasenos la expresión, es a quien le deben la gracia de poder tener autonomía e independencia respecto a su régimen interior.[3]

Pues bien, aun con ello, la doctrina mexicana, incluso las decisiones jurisdiccionales del más alto tribunal nacional, han dado por sentado que en la conformación del país —México—, se da la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos constitucionales con la misma categoría, no sólo respecto a su nomenclatura, si no al proceso de su formación que es mediante el actuar de un Poder Constituyente. Al caso resumido que, para nuestro Estado conviven en plenitud, claro bajo este entendimiento, 33 Constituciones de las cuales 1 de ellas es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (En adelante CPEUM) y 32 normas fundantes de la misma cantidad de entidades federativas mediante las cuales se integra éste.

A primera vista, ello no simboliza realmente una problemática a atender o un punto de inflexión respecto al entendimiento del Derecho Constitucional. Empero, cuando en la vida cotidiana de los Estados, los agentes políticos que controlan oligárquicamente (Ostrogorski, 2008) vía "democracia" representativa, el caudal de su política interna actuando sin límite y comprensión del significado de "Constitución", la

3. Al respecto, cabe especificar el contenido del primer párrafo del Artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que refiere:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de cada Estado y de la Ciudad de México, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

percepción del principio de supremacía constitucional y de soberanía popular, se ponen en juego, ante un pretendido estadio de legalidad y legitimidad dado por el pacto federal, al grado de llegar a lo que en términos de Ciencia Constitucional anunciara Schmitt, como un quebranto a la Constitución. Ya no necesariamente desde la trama de la reforma constitucional o la mutación de mismo orden, sino sobre la labor de los poderes constituidos locales, que ni siquiera los federales llegan a realizar.

En términos concretos, el poder que pretenden ejercer los poderes constituidos de corte local —ejecutivo, legislativo y judicial—, llegan a rayar en la mezquindad de desarrollarse sobre un territorio con visualización –errónea— de total independencia respecto al resto del pacto federal, incluyendo, claro está, de la propia Federación, queriendo asemejar y, en no pocas ocasiones, superponer la idea de Constitución Local, por encima de la Constitución Federal, olvidando que ha sido ésta la que les ha permitido su entrada a la realidad jurídica y política en la nación, sin la cual obviamente, ni entidad, ni organización, ni carácter autonómico tendrían.

Es este el *quid* de aquella diferenciación que Schmitt postulara con los términos de Constitución y leyes constitucionales.[4] Sin lugar a dudas, temas como Poder Constituyente, Soberanía y Supremacía Constitucional, se ponen sobre la mesa de discusión como un tema inacabado, como una problemática latente en el mundo de una Teoría del Estado y de la Ciencia Jurídica. (Pérez Royo, 2015)

Si bien no fue C. Schmitt con su Teoría de la Constitución (2017), quien por vez primera centra la atención de las Ciencias Constitucionales al trabajo de diferenciar entre Constitución y ley constitucional, sí es éste quien realiza el más arduo de los estudios en cuanto a postular la existencia de un concepto positivo —concepto que refiere a la Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política— y uno relativo de Constitución —concepto que enmarca una multiplicidad de ordenamientos, concibiendo a la Constitución como una pluralidad de leyes particulares—, precisamente sobre la idea de conjuntar en un mismo Estado un ordenamiento fundante y decisiones legislativas que, no teniendo el carácter de norma suprema, por el hecho de insertarse en la Constitución por obra de un poder constituyente, pretendidamente investido de constituyente permanente, adquieren la misma fuerza vinculante (Hesse: 37) y el rigor, para ser consideradas al nivel de aquella; al nivel de *lex superior*.

Entre algunas otras ideas, se tiene por finalidad evidenciar el conflicto existente en la homologación-interpretación de las leyes constitucionales como poseedoras, igualmente, de la fuerza y vigor vinculante de las que en principio sólo goza la Constitución, entendida como norma fundante. En esencia, la discusión propuesta se encamina a delimitar al Código Jurídico-Político Fundamental como producto de la voz soberana, de aquella unidad y organización donde se encuentra la decisión política, es decir, de donde emana el titular del Poder Constituyente, único lugar donde éste puede existir y actuar en plenitud, como en ningún otro lugar podría serlo, en forma ilimitada, con una sola encomienda, la creación de la *lex superior* en un sentido absoluto, a fin de que su culminación se vea como expresión de la voz soberana de un pueblo, que crea, unifica y organiza al Estado y sus instituciones.

4. Habrá de precisarse que la interpretación que en este texto se hace de la voz "leyes constitucionales", la enfocamos a la comprensión deseada para las Constituciones locales, y no así como la mayoría de la doctrina mexicana lo ha referido, a un entendimiento entre derecho federal y derecho local, es decir, entre leyes orgánicas o derivadas del precepto constitucional y que se postran al margen de un ordenamiento local, en el ejercicio de una supremacía normativa. Por ejemplo véase: (Carpizo: 1980); (De la Cueva: 1965).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

La discusión que se propone para análisis, gira en torno a una de las problemáticas más distintivas de los modelos constitucionales que rigen en las democracias representativas, específicamente de aquellas que se ejercitan a partir del modelo presidencialista de gobierno, como lo es el caso mexicano, que es la inadecuada comprensión del sentido que enviste el concepto de Constitución y su derivado como ley constitucional. Situación que trae aparejado la tarea de diferenciación entre Poder constituyente y poderes constituidos.

Se pretende caminar sobre la errada percepción de la existencia de un Poder Constituyente permanente o inacabado con facultades plenas propias de su naturaleza y función, interpretación que trae a colisión el que poderes constituidos crean tener facultades de poder constituyente y viceversa. Una inadecuada comprensión que lejos de consolidar la idea de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, lo deteriora desde su propia génesis.

Para tales efectos hemos optado por seguir los postulados de Carl Schmitt en un intento de reivindicación de su Teoría de la Constitución, alejada de la indiscriminada crítica que se ha hecho de este autor al tildarlo de totalitarista al servicio de su historia. No nos cabe la menor de las dudas, que muchos de sus textos fueron conducidos sobre mediatización de su vivencia temporo-espacial fácilmente criticable, sin embargo, en esta obra que se enuncia, se postula como uno de los pensadores más respetables y de estudio obligado para todo aquel que pretenda abordar a la Constitución y al Estado, como temas de estudio y análisis.

II. NOTAS EN TORNO A LLAMADA LEY BONILLA[5]

Véase acaso los cimientos sobre los que se alza el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, escenificados sobre sus tres principios fundamentales que obran sobre los caracteres de Política, Democracia y Derecho. El principio político organizacional de Poder Constituyente, el principio democrático de Soberanía popular, y el principio jurídico de Supremacía Constitucional (De Vega, 2017-b: 609).

Al tenor de estos parámetros —demarcando que no puede, so pretexto de caer en quebrantos constitucionales, igualar, aun cuando sólo sea por nomenclatura, a la Constitución como acto del Poder Constituyente, con las leyes constitucionales, por no ser éstas una creación formal y material de un verdadero Poder Constituyente. Como lo precisara Zagrebelsky (1984) estas segundas no son más que leyes que prolongan la Constitución—,[6] como motivo de especificación de estas vicisitudes constitucionales nos abocaremos a realizar un breve análisis de una de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —Máximo Tribunal Constitucional del Estado mexicano. En adelante SCJN, Corte, Tribunal—,dictada en una Acción de Inconstitucionalidad[7] motivada por un Decreto emitido por la Legislatura del Estado de Baja California, una de las 32 Entidades Federativas que componen el país.

5. RESOLUCIÓN DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 112/2019 Y SUS ACUMULADOS 113/2019, 114/2019, 115/2019, 119/2019 Y 120/2019.

6. Así lo entiende Zagrebelsky, por ejemplo, tratándose de la reforma, al precisar que éstas son "Leyes no de revisión, sino de actuación, de prolongación, podría decirse, de la Constitución" (1948), que si bien se integran al Derecho Constitucional formal, tendrá que entenderse que éstas gozan de una relación jerárquica inferior al Código Jurídico-Político Fundamental, ya que su creador no es un poder soberano, sino uno jurídicamente limitado, tanto desde el punto de vista forma, como material.

7. El Documento que ocuparemos para el análisis, puede ser consultable para su verificación en: https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=264388

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Previo a realizar los comentarios del referido fallo, resulta más que necesario explicar, *grosso modo*, la motivación que dio origen a la entrada en marcha de este medio de control de constitucionalidad y convencionalidad —Acción de Inconstitucionalidad—. No es nuestra intensión, en este momento, detenernos a explicitar el régimen electoral de nuestro país, ya que por alcance y extensión del presente no podría realizarse.

Damos por sentado que al referir a México como un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, debe entenderse que, como señala el artículo 40 de su norma fundante, la voluntad política organizacional de su Pueblo se ha enfocado a constituirse sobre las bases de una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos, más teniendo en consideración que justo éste último elemento amplificador del principio democrático de soberanía, se podrá ejercitar sólo en lo concerniente al régimen interior de esas entidades, teniendo en consideración que todos se encuentran unidos mediante un pacto federal (Serna de la Garza: 128). En consecuencia, obligados a conducirse sobre los límites impuestos por la Constitución Federal, que ha sido, sobrado paso, la manifestación de la voz soberana de la totalidad del pueblo mexicano, como único acto realmente soberano de la nación.

La propuesta de estudio que se presenta, implica proyectar la visión que el alto Tribunal mexicano tiene, y que nos parece una idea errónea, respecto a la forma de concebir el concepto de Código Jurídico-Político y de su respectivo creador. Ello, derivado de que la propia argumentación de la SCJN, se avoca a reseñar la existencia de diversas Constituciones y, por tanto, la coexistencia en un mismo espacio y lugar determinado, de diversos poderes constituyentes.

Sin mayor abundamiento, debemos realizar un par de advertencias y acotaciones sobre la forma en que abordaremos nuestro pronunciamiento y la justificación que pretendemos para ello. Hemos optado por observar, al menos desde dos tamices, el mismo objeto estudio, es decir, por un lado, comentar en un sentido de afirmación lo referido en la sentencia; y, por otro lado, verter comentarios en un afán de contravención al fallo. De igual forma, no se reproduce la totalidad del texto en estudio, sino sólo aquellas fracciones que en mayor medida han motivado el pensar en esta dinámica.

Como ya se ha adelantado, el problema planteado en esta Acción de Inconstitucionalidad, nace a partir del Decreto por el que se reforma el artículo octavo transitorio de la Constitución Política de Baja California, en el que se estableció que la Gubernatura electa en el proceso electoral 2018-2019, no se correspondería con la motivada vía proceso comicial, es decir, por la que el cuerpo electoral había decidido el día de la jornada electoral, sino que por decisión legislativa, ésta se desarrollaría del año 2019 al 2024.

Pues bien, el primero de los apartados que causa perspicacia, se da desde la foja 1[8] donde en la transcripción, en el apartado de "Resultando", la SCJN refiere que las partes han solicitado "la invalidez del artículo octavo transitorio del Decreto 112, emitido por el Poder Constituyente del Estado de Baja California, publicado en el Periódico Oficial de dicha entidad el diecisiete de octubre de dos mil diecinueve."

8. Con el término foja, no referimos al Fundamento Jurídico de la sentencia, es decir, al número de la hoja donde se encuentra la parte a la que se hace referencia.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Al respecto, es visible que el judicial federal da por sentando y, afirma más adelante, que en México no sólo existe un Poder Constituyente, sino que, al menos conforme a las Constituciones Estatales, habrá 33 Poderes Constituyentes; peor aún, da por cierto la permanencia de éstos poderes constituyentes, negando así la desaparición de los mismos al momento de entrar en vigor su producto, que es su fin último. A nuestro criterio, no sólo se da un desconocimiento de los alcances del principio de soberanía, sino que pretendidamente se dice que existen, igualmente, diversidad de soberanías dentro de un mismo país. Sin duda alguna, la temática no adquiere validez a nivel procesal, pero sí en la solidificación de una adecuada teoría constitucional y que es el motor fundamental de la forma de Estado.

Por su parte, ya más entrado en argumento, la sentencia refiere en su punto Séptimo,[9] apartado II[10] que:

> En primer lugar, cabe señalar que es infundado el argumento de los partidos políticos Acción Nacional, Movimiento Ciudadano y de Baja California en el cual sostienen que la dispensa de trámites no procede en el supuesto de reformas a la Constitución local, pues de la revisión de los artículos 34 y 112 de ese cuerpo normativo se advierte que el procedimiento de reformas a ese ordenamiento se sigue en los mismos términos que el procedimiento para la creación y reforma de las leyes, con las modalidades señaladas expresamente en la Constitución.[11]

A título personal, creemos que justo esta porción de la sentencia, implica un peligro más que inminente para el constitucionalismo mexicano, ya que si damos por entendido, como así se lee, que la SCJN pasa por alto la institución de la "Reforma constitucional"[12] como límite inmediato a la actuación de los poderes constituidos, no realizando mayor referencia a que en la "Constitución" de Baja California el procedimiento de revisión (reforma), seguirá el mismo procedimiento que el realizado para la creación y reforma de las leyes ordinarias, claramente se está pasando por alto el *principio de rigidez constitucional*[13], en una clara violación a éste.

No sólo se permite la existencia de diversas "normas fundantes", sino que éstas mismas al parecer son consideradas como normas flexibles (Bryce, 1901: 145 y *ss.*), al grado de que en su proceso de cambio y adaptación, de aquello a lo que Heller (2017) denominara proceso de normativización de la normalidad, las mismas pierden toda fuerza y vigor vinculante (Ruipérez Alamillo, 2018), ya que no implican en sí, un principio de norma suprema, de aparato jurídico-político obligatorio y vinculante para la normatividad secundaria.[14]

9. SÉPTIMO. Estudio preferente de las violaciones al proceso legislativo.

10. II: Violación al procedimiento legislativo del decreto impugnado.

11. Foja 149.

12. Véase por ejemplo: Lucas Verdú (1985); De Vega (1985); Canosa Usera (1988); Burgoa (1991); Díaz Ricci (2004); Calzada Conde (1987); Carpizo (1995).

13. Claro está, que este comentario lo referimos sin tener en consideración que, en efecto, se señala la percepción de los artículos 34 y 112 de la Constitución de Baja California. Sin embargo, nos atrevemos a decirlo así, ya que la pretendida rigidez y diferencia que al procedimiento de reforma se amplía en esta entidad federativa, se limita a señalar —dentro del párrafo segundo de aquel artículo 112—, que "Si transcurriere un mes después de que se compruebe que ha sido recibido el proyecto de que se trata, sin que los Ayuntamientos remitieran al Congreso el resultado de la votación, se entenderá que aceptan la adición o reforma." Nótese pues, que lo agravado del proceso de revisión constitucional, se hace dependiente del simple paso de tiempo, sin que exista, realmente, un mecanismo de agravamiento a la función legislativa, cuya finalidad será la de realizar cambios a la norma superior del Estado.

14. Habrá de decirse que, esta aseveración se postula en el entendido de la propia narración de la SCJN, que si bien refiere que el procedimiento de reforma tendrá que cuidar lo establecido por los numerales 34 y 112 de la Constitución Local, mismos que contienen "diferenciaciones", al procedimiento legislativo ordinario, la interpretación del Tribunal Constitucional hace parecer que el procedimiento legislativo ordinario y el de reforma, se llevarán de la misma forma.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Ello es así puesto que como lo denunciara el profesor Heller (2017: 334-335), las Constituciones:

> En cuanto normas constitucionales, tienen la función de procurar la vigencia a una normalidad a la que se reconoce valor positivamente, o sea a la conducta que realiza la Constitución, no obstante el cambio de los tiempos y de las personas. La unidad y ordenación de la Constitución del Estado sólo adquiere realidad por una cooperación de actividades que, tanto histórica como sistemáticamente y tanto en la sucesión temporal como en la coexistencia espacial, han de mostrar una continuidad en la que haya un ajuste perfecto. La Constitución jurídica representa el plan normativo de esa cooperación, continuada. La dogmática jurídica del derecho constitucional existe para servir al fin una continuidad histórica y sistemática de la Constitución real, hacia este fin ha de orientarse su método.

Resulta evidente, que al considerar a la norma fundante del Estado de Baja California, respecto a su procedimiento de reforma, como una cláusula de flexibilidad material, más que de rigidez, en sí mismo se está negando la calidad de Constitución y, a lo sumo, se tendría que decir, que de lo que se habla es de la percepción de una ley constitucional de origen subordinado. Pero bien, no es nuestra intensión tratar aquí el problema de la rigidez constitucional y mucho menos de la Reforma Constitucional, ya que por razones de extensión, nos sería más que imposible realizar un trabajo medianamente aceptable; por lo que, baste con estas pequeñas líneas, como proceso de estudio del tema propuesto.

Por último, respecto al mencionado punto Séptimo del fallo, cabe volver a precisar la consideración que para los fines del presente nos da el mayor de los contenidos, y es que al cabo del estudio de este punto, el multicitado Tribunal constitucional, retorna sobre lo dicho al precisar que "[...] Lo anterior porque el decreto fue emitido por el Poder Reformador del Estado, quien tiene facultades para reformar la Constitución local [...]"[15]

Insistimos en lo dicho, el mayor de los problemas para el estudio de las Ciencias Constitucionales, es el asemejar la idea de ley constitucional con la de Constitución, poniendo de manifiesto en forma equívoca, que en un mismo Estado en donde la soberanía popular de la totalidad de su sociedad, de su nación, han dado vida a un Poder Constituyente con la finalidad de otorgarse un documento fundador, coexisten en igualdad de identidad y de poder, más de una soberanía, más de un Poder Constituyente ilimitado y más de un Poder Reformador Constitucional.[16]

15. Foja 167.

16. En este punto, consideramos más que oportuno traer a escena, sólo como moción, que la doctrina mexicana, en no pocas ocasiones, se ha pronunciado respecto a la existencia de un Poder Constituyente Permanente, materializado a partir del procedimiento de revisión, específicamente a partir de lo dispuesto por Felipe Tena Ramírez (2005), para quien la función de la reforma constitucional, al ser encargada a un órgano especial y diverso a los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que es conformado a partir del Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, implica que ese "órgano tiene que participar en alguna forma de la función soberana, desde el momento en que puede afectar la obra que es expresión de la soberanía. Su función es, pues, función Constituyente. Y como, por otra parte, se trata de un órgano que sobrevive al autor de la Constitución, cuya vida se extinguió con su tarea, consideramos que merece por todo ello, el nombre de Poder Constituyente Permanente (Tena, 2015: 46)

Incluso, a referencia de Neira (2018), ha sido un criterio reiterado por la SCJN, el así pensarlo.

"...la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido como improcedente los medios de jurisdicción constitucional en contra de la reforma constitucional, sostiene que el poder de reforma es un poder constituyente permanente soberano, no sujeto a control alguno. Incluso, que el procedimiento de reforma constitucional tiene un autocontrol, debido a la rigidez constitucional. Sin embargo, esto no corresponde con el principio de supremacía constitucional y su garantía a través de la jurisdicción constitucional" (Neira Govea, 2018: 68)

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Ya hemos adelantado que el problema se observa en medida, allá donde haciendo uso de esta caracterización y nomenclatura que equipararía, al menos en nombre, al ordenamiento federal con los múltiples producto de las entidades federativas, los poderes de éstas, las autonomías, erran su papel democrático en un pretendido ejercicio de poderes constituyentes, no siendo más que órganos constituidos.

Continuando con nuestro estudio, ya dentro del punto Octavo. Estudio de fondo sobre la constitucionalidad de la disposición normativa impugnada, se analiza lo atinente a violaciones constitucionales que tienen que ver con los principios de certeza electoral y legalidad. Es preciso señalar, que si bien resulta obligado pronunciarse respecto a estos tópicos, con lo que no terminamos por estar de acuerdo, es con la precisión referencial de violación a principio que se tratan de especificar a una materia determinada, en este caso a la comicial, ya que en forma genérica los principios de certeza y legalidad, son motor y coraza de todo el enramado jurídico no específicamente de lo electoral. Diverso pudiera haber sido, el precisar una violación concreta al ordenamiento constitucional federal.

No obstante, ello no llega a ser, en principio, lo que más nos llama la atención, sí, en la afirmación consistente en que: "... la democracia constitucional, propia del Estado de Derecho...",[17] a nuestro entender, sea acaso la forma en la cual se redactó la idea, lo inadecuado de tal afirmación. Si bien la democracia constitucional implica la existencia de un Estado de Derecho, no se trata de que ésta sea propia de aquel, por lo contrario, es a partir de la democracia y de la Constitución, que el Estado de Derecho se racionaliza y limita (Aldrete Acuña, 2019: 53 y *ss*).

No obstante todo lo hasta aquí criticado, existen algunas porciones de sentencia que llegan a ser realmente válidas, en esta comprensión de Constitución y ley constitucional, apenas un resquicio de cordura con lo que la SCJN pueda reivindicar su camino, no necesariamente lográndolo, cuando afirma que:

> [...] el principio de certeza no puede separarse ni interpretarse aisladamente, sino que necesariamente debe armonizarse con la máxima realización de otros principios y derechos constitucionales, como es el principio de legalidad y los derechos político-electorales de los ciudadanos.[18]
>
> [...] La subordinación de los demás Poderes a las disposiciones emanadas del Poder Legislativo federal o local, según corresponda, tiene fundamento a su vez en el principio constitucional de división de poderes, de manera que los órganos aplicadores no pueden disponer de las reglas fundamentales establecidas en la ley por la voluntad general mediante enunciados universales y generales.
>
> En tal sentido, por regla general, una disposición normativa establecida formalmente en las Constituciones o en las leyes que deriven de éstas no puede perder su vigencia sino mediante la emisión de otra disposición de igual jerarquía acorde con las formalidades que exige el propio ordenamiento o como resultado del control de constitucionalidad reservado a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.[19]

Es por fin, al cabo de alrededor de 170-180 fojas de resolución, donde la coherencia constitucional de la Corte se llega a observar, claro, en lo atinente a la estructura y

17. Foja 173.

18. Foja 175.

19. Foja 176.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

comprensión de lo que se viene diciendo en el presente texto, que tiene que ver con la imagen de las Ciencias Constitucionales y el Derecho Constitucional. Por vez primera en tal escrito, se hace alarde a principios político-fundamentales como el de separación de poderes, que evocan la comprensión del fondo constitucional y no la mera reproducción de contenidos superficiales del caudal procesal.

Se da cuenta con este apartado, de una clara subordinación de espacios constitucionales, en lo que es la voz soberana y lo que son leyes condicionadas al mandato de aquella. Es decir, de leyes constitucionales operantes siempre con arreglo a lo establecido en única *lex superior*, la única que ha sido producto del único y verdadero Poder Constituyente, emanado de la única soberanía nacional.

Se hace alarde, indiscutiblemente, a la idea de un principio de supremacía constitucional en la que los poderes constituidos entienden su actuar como limitado al pacto constitucional de orden federal. Mejor aún, como puede observarse de la segunda parte de este último párrafo transcrito, la Corte entiende, como no podría ser de diversa forma, que un procedimiento de reforma, aun cuando deba entenderse como la garantía por excelencia de un documento fundante, no podrá nunca contravenir el designio de la ley superior.

Precisamente el límite concreto a la reforma, se da en su imposibilidad de actuar como poder constituyente, pues al final no deja de ser, igualmente, un poder constituido más y, por tanto, limitado en su actuación y no soberano, como tampoco pueden gozar de soberanía, las llamadas Constituciones Locales, ya que como precisara Pedro De Vega (2017: 629):

> ... hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica. Lo que no sucedería si al poder de revisión se le configurara como un Poder Constituyente y soberano. Llevando el razonamiento a sus últimos extremos, se podría sostener que el Poder Constituyente que, como poder absoluto, soberano y total, puede realizar la revolución, lo que, sin embargo, por paradójico que parezca, no puede llevar a cabo es la reforma constitucional. O, dicho con más rigor, el Poder Constituyente no podría hacer una reforma sin convertirla en un acto revolucionario.[20]

Pues bien, siguiendo con el juego discursivo sobre el que la SCJN fundamenta su resolución, se tocan algunas frases que hacen pensar, *prima facie*, en una Corte estudiosa de fondo constitucional y no meramente formal, por ejemplo, cuando al debatir sobre la ilegalidad del cambio de preceptos constitucionales por vía del Decreto emitido por la Legislatura de Baja California, enuncia que "las cuestiones de hecho que ocurran durante el proceso electoral y el eventual consenso político generado en su desarrollo, no pueden llevar a desconocer la fuerza vinculante de las disposiciones previstas en las Constituciones y leyes vigentes con anterioridad al inicio del proceso electoral, en tanto que constituyen las reglas fundamentales a que están sujetos todos sus participantes, en términos de los principios de certeza y legalidad en materia electoral."[21]

20. Contrario a lo expuesto por De Vega, como ya se ha dicho, en la doctrina mexicana a partir de la interpretación de Tena Ramírez, esta premisa se confronta, puesto que para él, como defensor de la soberanía del poder de reforma, éste, a falta de acotación expresa de la Constitución, puede llevar a cabo por vía de adición o de reforma cualquiera modificación a la ley suprema (2005: 56)

21. Foja 176.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En efecto, se coincide con tal aseveración ya que hace de un principio de certeza, en sede de legitimación del cambio democrático de representantes, un factor vinculante, no solo del régimen gubernamental, sino del propio texto constitucional, marcando una conclusión bastante loable, respecto a lo fundamental de determinadas concepciones normativas, como lo son, en el caso, las condiciones determinantes del ejercicio del voto,[22] por medio del cual se elige al o los ciudadanos que habrán de fungir como representantes de la voz soberana emanada en el ordenamiento constitucional.

Lo anterior, pone de manifiesto la existencia, en el Estado mexicano, de límites implícitos a la reforma constitucional, límites que aun cuando no textuales como el caso de los explícitos, su existencia es claramente deducible de la propia ingeniería constitucional y su lógica jurídica, en atención a que son producto inmediato de las circunstancias y hechos históricos que han marcado la historicidad de la sociedad mexicana.[23] Por tanto, son aquella base sobre la que descansa el sistema constitucional del país, que a nuestro decir, se proyectan a partir de lo descrito en el artículo 40 de la ley suprema,[24] siendo al menos los ahí englobados: 1) Régimen republicano; 2) Democracia representativa; 3) Estado laico (separación iglesia-Estado); y, 4) Federación.

En mejores palabras a cargo del profesor De Vega (2017: 662), se entiende a los límites implícitos como aquellos "cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, bien como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional considerado en su conjunto, bien como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución."

En tal orden de ideas, debe precisarse que la Corte acierta al declarar la inconstitucionalidad del Decreto por medio del cual se cambió la temporalidad para el ejercicio de las funciones del ejecutivo electo del Estado de Baja California, ya que como razona, en atención al principio de legalidad, las disposiciones establecidas formalmente en la Constitución o en las leyes que deriven de ésta, no pueden perder su vigencia sino mediante otras disposiciones de igual jerarquía.[25]

En atención a ello, ciertamente todos los participantes del proceso comicial celebrado en aquella entidad federativa, ejercitaron su derecho político-electoral de votar, sobre

22. [...] la duración de los cargos de elección popular es una condición determinante del voto. La opción que elige el ciudadano no se limita a responder quién debe gobernar, sino también en qué cargo y por qué tiempo. En consecuencia, no puede sostenerse que exista una elección democrática de gobernantes sin el conocimiento certero del límite temporal por el que ejercerán el poder público, con la consecuente certidumbre que tiene el electorado y los demás participantes de la contienda político-electoral respecto a la renovación futura de los cargos. Fojas 177-178.

23. Así lo entiende la Corte, respecto al principio de certeza y legalidad, el decir que: "Al respecto, debe tenerse en cuenta la relevancia histórica de la inclusión de la certeza y la legalidad como principios constitucionales rectores de la función electoral, federal y local." Foja 170.

24. No obstante, aun cuando diversos numerales como lo pueden ser el 1º o 41 constitucionales, igualmente pueden considerarse como depositarios de estos principios político fundamentales, consideramos que es en este artículo 40 el marco rector de ellos.

25. "[...] cualquier modificación al periodo de los cargos de elección popular una vez que han sido definidos los términos en los que será realizada la elección cambia de manera fundamental las reglas del proceso electoral, debido a que altera las condiciones que sirven de base para el ejercicio de los derechos de quienes intervienen en él, como partidos políticos, precandidatos, candidatos y electores." Foja 182.

Al cabo de todo esto, la Corte en un intento por vindicar su argumento a la inconstitucionalidad del Decreto, denunciará que:

"Aceptar que es posible la modificación de la duración del mandato de los representantes populares con posterioridad a su elección bajo el argumento de que el funcionario electo no ha asumido el cargo, implica permitir que se invalide la voluntad de los ciudadanos depositada en las urnas el día de la jornada electoral al margen de los procedimientos legales procedentes para ello, así como estimar que las elecciones solo son trámites formales cuyos resultados estarían al arbitrio de otras autoridades previamente constituidas, con el objeto de integrar los órganos del poder público en una forma diversa a la decidida en las urnas." Fojas 201-202.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

la base constitucional de una temporalidad en concreto, razón por la cual, haber atentado contra del acto democrático de elección, simbolizó en términos concretos la negación del electorado.

Si realizamos una abstracción *contrario sensu* de lo hasta aquí descrito, respecto a la diferencia entre Constitución y ley constitucional, dando por sentado que las Constituciones de las entidades federativas del país, son en plenitud, normas fundantes y materia producto de un Poder Constituyente autónomo al federal, se tendrá que decir que, lo realizado por el legislativo local de Baja California fue un quebranto constitucional al soslayar la decisión soberana expresada a través de la votación.

En términos concretos, el legislativo mediante la aprobación de tal Decreto de reforma, lo que realizó, fue una rotunda violación a los límites implícitos de la Constitución, tomando facultades que corresponde únicamente al Constituyente y que en ningún caso, podrían ser motivo de uso por un poder constituido. Con ello no se quiere decir que, el sistema constitucional mexicano sea totalmente rígido, ya que en efecto, pueden realizarse adecuaciones y cambios a la ley fundante, no obstante, lo que no puede realizarse, son cambios o modificaciones a preceptos fundamentales de su ingeniería normativa, ya que de lo contrario, lo que se estaría realizando sería un cambio de Constitución, de régimen, de forma de Estado.

De entre todo ello, termina diciendo el Tribunal que tal reforma es una modificación legal fundamental, "en atención a que tuvo por objeto producir en las bases y reglas del proceso electoral una alteración en el marco jurídico aplicable mediante la modificación de los derechos y obligaciones de los ciudadanos del Estado de Baja California y de aquellas personas interesadas en ejercer el derecho al voto pasivo."[26]

Con lo que no se termina por estar de acuerdo, aun lo acertado de la decisión, es que la inconstitucionalidad del ordenamiento impugnado, se hace valer por motivos netamente interpretativos de corte superficial, sin adentrar el debate a la razón constitucional del quebranto realizado, mismo que para el caso, se reprodujo a partir de un exceso en la comprensión de la Democracia representativa y el uso del poder político.

Lo que en realidad acontece, es un uso desmedido del poder otorgado por la norma suprema a los poderes constituidos, que creyendo estos tener sobre sus hombros la facultad constituyente, han pasado por alto los límites implícitos de la reforma y, en sí, su condición de poderes constituidos, limitados y ordenados (Nogueira Alcalá, 2017: 328), haciendo pasar un procedimiento de reforma, un verdadero quebrantamiento de la ley suprema.

Entender dialécticamente este punto, equivale a retrotraernos a Schmitt en aquella pugna teórica que develara el profesor De Vega (2017: 649), respecto a lo manifestado por Mortati en su comprensión de leyes –constitucionales– singulares, donde su violación no implicará una ruptura de carácter general válida, donde la excepcionalidad es operante como regla general para los casos en ella incluidos, no así para la generalidad del ordenamiento constitucional.[27]

26. Foja 184.

27. "Con más ingenuidad que acierto se ha pretendido desmontar la argumentación de Schmitt alegando que, ya desde Laband y Jellinek, la generalidad y la abstracción como caracteres esenciales de la ley han dejado de ser dogmas indiscutibles. Porque caben leyes singulares, dirá, por ejemplo, Mortati, y porque caben rupturas de carácter general válidas para una serie de casos —según las cuales el quebrantamiento no se definiría por la singularidad de los supuestos previstos, sino por su excepcionalidad establecida como regla general para los casos en ella incluidos— la tesis de Schmitt resulta inadmisible." De Vega (2017: 649).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Siguiendo con lo pronunciado por el maestro De Vega, en efecto, la postura del quebranto constitucional de Schmitt, en cuanto a la promoción de principios político fundamentales, en nada encajaría. No obstante ello, sobre las palabras del maestro, lo que acontece con el pensamiento de Schmitt es un problema de mayor envergadura, precisada en la siguiente afirmación: "el legislador que, naturalmente, puede reformar y suprimir las normas en la misma medida que establecerlas, ¿está obligado o no a cumplir sus propias leyes mientras éstas no han sido derogadas?", lo que obliga a pensar en que, las auto-rupturas legítimamente toleradas de la Ley, no pueden ser los nacidas vía procedimiento de reforma, pues se precisa diferencia entre Poder Constituyente y poderes constituidos, entre ellos, el de reforma. Terminará precisando De Vega que:

> El quebrantamiento de la ley sólo es explicable, por lo tanto, como un acto supremo de soberanía. Lo que traducido en los términos que ahora a nosotros nos interesan, vendría a significar que cualquier ruptura de la Constitución, operada a través de una ley de reforma, implicaría la conversión del poder de revisión, que es un poder constituido y limitado, en un Poder Constituyente y soberano.
>
> A pesar de las críticas que se han podido realizar a la argumentación de Schmitt, es evidente que la lógica de su razonamiento termina siendo aplastante. Conforme a ella las únicas rupturas perfectamente legitimadas serían, no las que se producen a través de leyes de reforma —por proceder de un poder constituido no soberano—, sino las que se crean por el propio Poder Constituyente en el momento de establecer la Constitución. Dicho en otras palabras, en el sistema constitucional pueden explicarse las autorrupturas *(Selbstverfassungsdurchbrechungen)* o las rupturas autorizadas *(ermächtigten Verfassungsdurchbrechungen),* pero no las que se pudieran producir por el mecanismo de la reforma. En el fondo, es la tesis recogida por Ehmke, y a la que inexorablemente hay que llegar, siempre y cuando se parta, como hacemos nosotros, de la distinción clara entre Poder Constituyente y poder de reforma. (De Vega, 2017: 649-650)

A nuestro entender, en la visión del Defensor de la Constitución (Schmitt; Kelsen, 2009), que para el caso mexicano es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estos debieron ser los puntos a precisar, la parte pulcra de las Ciencias Constitucionales a debate en la praxis político-jurídica de los poderes constituidos en las autonomías integradoras de la federación, y que evidentemente tiene un notado trasfondo en la observación de los conceptos Constitución y Constitución Local, Poder Constituyente, Poderes Constituidos, Soberanía Nacional y Federación.

2.1. Últimas palabras a una sentencia.

A nuestro juicio, el *quid* de la sentencia en comento debiese haber implicado un estudio mayormente de sustancia, de fondo real a una problemática jurídico-política, en vez de una mera limitación formal del Derecho. Una de las mayores atrocidades en el ejercicio de la virtud de juzgar, para desgracia de la Ciencia del Derecho, se ha dado en la importancia desmedida que las instituciones jurisdiccionales le han dado a la interpretación del Derecho, lejos de una adecuada comprensión. Le han vuelto una mera expectativa formal del ser, en su rotunda pelea por contemplarlo como un deber-ser.

Hoy el Derecho es más forma que fondo, olvidando que las más de las veces, el fondo es igualmente forma, si acaso, entiéndase como un ser-deber/ser-ser, en conformación dialéctica. Esto pasa desapercibido por el impartidor de justicia. El Derecho, hoy, es lo que el juzgador dice que es, algunas veces reinventando el mismo, otras tantas, retrotrayéndose a sus pasos.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

El peligro de no pensar el Derecho, de no discutirlo, no argumentarlo, no entenderlo, puede desembocar demagógicamente en arbitrariedades como la pretendida con el Decreto de reforma analizado, lo que tarde que temprano llevará a sepultar el carácter vinculante de la Constitución, como *lex superior*, quedando sólo como portada, un formalismo sin esencia, sin contenido. El Derecho se vuelve maquinaria y se le olvida como institución.

III. LA NOTORIA DIFERENCIA ENTRE CONSTITUCIÓN Y LEYES CONSTITUCIONALES
Una aproximación al entendimiento del Poder Constituyente

Con ojo clínico Jellinek (1906: 4) comprendió que los textos con carácter constitucional no podían ser solo un cúmulo de letras tendentes a afirmar principios y valores como documentos de gobierno que afirmasen la vida política de la comunidad, sino que para su vinculación a tipo de coerción, estaban investidos y, así era necesario en sociedad, de una dimensión jurídica. Las Constituciones tienen preceptos jurídicos, aclaraba el profesor alemán.

Y en esencia ello es cierto, basta con recordar que una Constitución es una totalidad de la normalidad normada como indicara Heller (2017: 334-335), representada por un conjunto de normas sociales que sirven de vinculación intersubjetiva en atención a la voluntad política de su creador, el Poder Constituyente. Un texto fundante que tiene la función de procurar vigencia a una normalidad a la que se reconoce valor positivamente.

En palabras de Loewenstein (2018: 149), la Constitución es control del poder político. Fuente que informa el *deber ser* del Derecho y la sociedad. Es pues, la totalidad de la estructura social de la comunidad, lugar donde convergen las convicciones y pretensiones políticas de la pluralidad de la sociedad, y no un mero marco legal, expresión que Aristóteles (2005: 182) denominara *politeia*.[28] A este contexto bien vale pena retrotraer la idea de Lassalle (1984: 119), en donde para éste la Constitución escrita es correspondencia inmediata de los factores reales de poder que rigen en un país y, por tanto, los problemas nacidos del constitucionalismo no son, primeramente, problemas de derecho, sino de poder. "Las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores reales de poder imperantes en la realidad social." (Lassalle, 1984: 119)

Heller (2017) denunciaba ya desde su Teoría del Estado, que una Constitución o el estudio de las Ciencias Constitucionales (Ruipérez, 1999)[29] debe verse no sólo como

28. Dirá Aristóteles que allá donde la masa gobierna en vista del interés común, el régimen recibe el nombre común a todas las demás formas de gobierno (entre ellas la monarquía y la aristocracia) de república, de *politeia*.

"Su naturaleza resulta más clara una vez definidas la oligarquía y la democracia, pues la república es, en términos generales, una mezcla de oligarquía y democracia: las que se inclinan a la democracia suelen llamarse repúblicas, y las que tienden más bien a la oligarquía, aristocracias, porque la educación y la nobleza suelen acompañar de preferencia a los más ricos. Además, los ricos parecen tener aquello cuya carencia hace que los delincuentes delincan; pero eso los llamamos selectos y distinguidos; y lo mismo que la aristocracia concede la supremacía a los mejores ciudadanos, también se dice que las oligarquías están constituidas principalmente por los selectos." (Aristóteles, 2005: 182).

29. Término que el profesor Javier Ruipérez Alamillo, al traer del olvido el viejo entendimiento del concepto de Derecho Político pugnado por Tierno Galván y su escuela seguida por Pedro De Vega, ha decidido emplear en el estudio del Derecho Constitucional en su unión con toda la gama de factores que con él y en él interactúa.

"Si, como afirmó ya Jellinek, ha de corresponder también al constitucionalista, como jurista que es, la tarea de contribuir a la mejora de la situación jurídica reinante, y como quiera que su parcela de atención es la ordenación jurídica fundamental de la vida del Estado -convirtiéndose, así, el "Derecho Constitucional" en un verdadero

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Schmitt (2017) lo pugnase en una interpretación política de decisión, o como en su momento Kelsen (2015) la afirmara como un mero mecanismo jurídico de direccionamiento, sino como una conjugación de factores reales de poder, decisiones políticas, necesidad jurídica y condicionantes económicas, todos esos elementos en una constante dialéctica que permita reencontrar el pasaje histórico-político de una sociedad y, la siempre necesaria, continuidad en la realidad viviente de ese Código Jurídico-Político como Norma Fundamental.

Pareciera que la historia de las sociedades modernas se vuelve a repetir en un espiral infinito, donde el Estado y el Derecho se ponen a prueba con una especial fuerza y vigor recalcando la mayor de sus características que implica ser realidades vivas y, por tanto, realidades cambiantes. Una conformación de factores sociales, políticos, jurídicos y económicos, siempre dinámicos ante las exigencias y necesidades sociales.

El Derecho Constitucional, al ser un aparato de la realidad social "viva" (Wong, 2010: CV-XVI) desde el campo de lo jurídico-político, no se puede ver ajeno a estos cambios. No obstante, en algunos momentos esa realidad es forzada e inclinada a la valoración de intereses particulares. El control del poder, como lo dijera Loewenstein (2018: 149 y *ss*), resulta ser el camino principal para el constante problema de las Constituciones. Al no tener un centro de creación, el poder se vuelve un peligro, una pasión del hombre como lo refiriera Maquiavelo al hablar sobre lo bueno y lo malo:

> Dice una antigua sentencia que los hombres suelen lamentarse del mal y hastiarse del bien, y que ambas pasiones producen los mismos efectos. Porque los hombres, cuando no combaten por necesidad, lo hacen por ambición, la cual es tan poderosa en los corazones humanos, que nunca los abandona, por altos que hayan llegado. La causa es que la naturaleza ha constituido al hombre de tal manera que puede desearlo todo, pero no puede conseguirlo todo, de modo que, siendo siempre mayor el deseo que la capacidad de conseguir, resulta en descontento de lo que posee y la insatisfacción. De aquí se originan los cambios de la fortuna, porque deseando, por un lado, los hombres tener más y temiendo por otro, perder lo que tienen, se llega a la enemistad y a la guerra que causará la ruina de una provincia y la exaltación de otra. (Maquiavelo, 2015: 142)

Estas pasiones se corresponden directamente con la satisfacción personal, aún a costa de otros hombres, incluso, de instituciones. El peligro más grande de ello radica en el afán de dominio, cuya pasión hace no sólo de los hombres, sino de sus instituciones, meros medios para conseguir y satisfacer sus inclinaciones, sus designios.[30] Cuando esos afanes rayan en excesos ponen en riesgo la completa construcción no

"Derecho Político", evidente resulta que éste ha de pronunciarse sobre cuestiones políticas que se refieren tanto a la normativa vigente como a las distintas propuestas que las diversas fuerzas políticas formulen para su desarrollo, las cuales deberá juzgar no desde un punto de vista puramente ideológico, sino con criterios jurídico-públicos. Ahora bien, porque de lo que se trata es de opinar sobre el Estado, innecesario debiera ser el recordar que, para no caer en el más absoluto de los absurdos, el constitucionalista ha de conocer el Estado." (Ruipérez, 1999: 517-557).

De igual forma, es sumamente ilustrador lo pronunciado por el profesor español Gómez Orfanel, quien comienza su escrito "Noción del Derecho Constitucional", postulando la premisa de que tal concepto de Derecho Político, parece nacer, como expresión, en España en 1814, a partir de la traducción de la obra El Contrato Social, concepto que tendría mayor relevancia ya para el 1821, cuando aparece "con una denominación en línea muy moderna, las "Lecciones de Derecho Público Constitucional" de Ramón de Salas, que podríamos asociar con el artículo 368 de la Constitución de Cádiz, que establecía "el deber de explicar la Constitución en todas las Universidades y establecimientos literarios... ". El plan de estudios de 1821 preveía asimismo la dotación en la Universidad Central de una Cátedra de Derecho Político y Público de Europa" (Gómez Orfanel, 1984).

30. En este sentido Kant señalará que:

Las pasiones dirígense propiamente solo a hombres y sólo por ellos pueden ser satisfechas.

Estas pasiones son el *afán de honores, el afán de dominio, el afán de poseer.* (Kant, 2015: 242-247).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

sólo del Estado, sino de la valía y fuerza normativa de la entidad constitucional (Hesse: 2012). Constitución, Poder constituyente, principio político-democrático de soberanía popular y principio jurídico de *lex superior*, pueden verse tergiversados y mal entendidos, muchas de las veces en abusos de sus concepciones.

Esto lo ha puesto ya de manifiesto el propio Schmitt al hablar sobre el equívoco y azar en el que un régimen democrático constitucional puede caer por vía de los agentes políticos, cuando en ejercicio de sus facultades pretenden actuar como poderes constituyentes de origen político y, no así, como poderes legales constituidos al mandato de la Constitución. Cuando mediante ejercicio legislativo se instauran leyes constitucionales, queriendo homologarlas con la misma valía y legitimidad que el texto originario y fundante.

El profesor alemán C. Schmitt, en su magna obra Teoría de la Constitución, que por lo demás es el texto de mayor valía en cuanto que se aleja rotundamente de sus escritos fascistas, analiza una serie bien diferenciada de conceptos sobre los que puede ser entendida una Constitución. Al menos tres son las posturas de mayor calado en sus explicaciones: concepto absoluto; concepto relativo; y, concepto positivo.

Para la temática planteada en el presente, el enfoque que nos interesa rescatar es el del concepto relativo de Constitución, pues sobre él es donde se centra, no sólo la determinación de Schmitt para negar el trabajo constitucional como ley, sino también una de las problemáticas de mayor trascendencia que es la función del Poder Constituyente y la visión del principio democrático de soberanía popular.

Es pertinente detenernos un poco para explicar el fondo de esto. En nuestra perspectiva cuando Schmitt usa los términos "*Ley* constitucional" y "ley constitucional" no habla de la misma cosa, pero sí de una que puede llegar a confundirse. Tenemos que adentrarnos en el contexto sobre el cual es que maneja dichas voces, para dirimir la sutil diferencia con que les emplea. No se trata sólo del énfasis de la palabra *ley*, el hilo sobre el narra el posicionamiento de una Constitución como *ley,* lleva por finalidad describirla como la formación que lleva a la práctica la voluntad constituyente, la decisión política surgida de un ser político. (Schmitt, 2017: 124-125)

Por el contrario, cuando éste se refiere a la "ley constitucional" como derivado de la voluntad constituyente, hace alarde a las regulaciones legal-constitucional como formaciones normativas en segundo plano, no en el entendido de obra del Poder Constituyente originario, no como voluntad política, sino como un producto del mandato constitucional a cargo de un poder constituido, que por acción legislativa ha establecido en el texto fundamental la expresión material escrita de la voluntad política como decisión fundamental. Es decir, un ordenamiento cuyo fundamento de su validez, se obtiene a partir de la Constitución. (Schmitt, 2017: 124)

Por su parte, cuando habla de "*Ley* constitucional", lo hace en el entendido de decisión política fundamental originaria, misma que determina el modo y la forma de la existencia de la voluntad política. Expresa la idea un mandato que en la materialidad dota de validez al ordenamiento legal-constitucional y legal-ordinario. De su contenido se fija la correcta praxis de la voluntad constituyente. Por tanto, no se trata de una significación de ley como formulación técnico-jurídica, sino como fundamento supremo del caudal jurídico-político de un Estado, al ser decisión y voluntad del pueblo como soberano.

Si por lo contrario, se llega al equívoco de asemejar leyes constitucionales de orden subnacional (Serna de la Garza: 127 y *ss*), al nivel de *Ley* Constitucional, se corre el riesgo de causar un deterioro inminente a la fuerza vinculante de la Constitución. El

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

problema se individualiza allá donde, por ejemplo, se habla de la unificación de un Estado mediando un régimen federal, donde cada parte proporcional de éste tiene cierta libertad de actuación y conducción mediante la instauración de sus propias, llámesele, Constituciones regionales o Estatutos provinciales.[31]

Cuando se entiende, como con gran precisión lo expone C. Schmitt (2017: 125-126) que el pueblo es, en democracia, sujeto del Poder constituyente y que toda Constitución se basa, incluso para su elemento de Estado de Derecho, en la decisión política concreta dotado de capacidad política para determinar el modo y forma de su propia existencia, así como que es el pueblo quien mediante voluntad general hace nacer la Constitución como expresión de su voz, convirtiéndola para su garantía en la Norma Fundamental; es indispensable formularnos un par de interrogantes: ¿Cabe hablar de acto de soberanía en la creación particular de cada Constitución regional? Si nuestra respuesta es afirmativa, tendríamos que preguntarnos si ¿Existe más de un Poder Constituyente? Y, si de igual manera es afirmativa la respuesta, tenemos que cuestionarnos si ¿Cada Poder Constituyente es ilimitado y originario? Y, si realmente, ¿Existe una norma fundamental?

A simple vista se podría afirmar, con meridiana contundencia, que sólo puede existir un solo Poder Constituyente soberano, que como afirma el profesor De Vega es ilimitado en su determinación al crear el aparato normativo llamado Constitución, en consecuencia, tendremos que afirmar que las Constituciones o Estatutos regionales, no podrían ser actos de soberanía, ya que la manifestación de voluntad general ha sido pronunciada en el Código Jurídico-Político elevado a carácter de *lex superior*.

De cierta manera ello es cierto, el principio democrático de soberanía popular se ha visto potencializado al forjar la Ley Fundamental como unidad cerrada y, por tanto, con el semblante de ley de leyes, a partir del cual todo el aparato normativo que pueda regir en un Estado determinado, tendrá siempre que adecuarse al mandato establecido en ella. "Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa *una* norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas." (Schmitt, 2017: 40)

Para explicar en mejor medida esto, se debe tener en cuenta que, al ser la Constitución obra del Poder Constituyente soberano, el término voluntad unitaria debe comprenderse como el ejercicio de una verdadera unidad ordenadora, cuyo origen se corresponde con un *deber-ser*, y una vez que esa unidad cobra vida en la realidad existente ha de virar a una contemplación de *ser-deber-ser*. Solo al afirmar esta voluntad ordenadora como norma fundamental puede hablarse de una supremacía constitucional en el sentido de sistema cerrado de preceptos jurídico-políticos.

Considerar que las leyes constitucionales, aun cuando en esencia hayan sido creadas mediante el procedimiento de un Poder Constituyente, no por ello, éste en su labor es ilimitado, pues tendrá que ceñirse a lo previamente dispuesto en la *Ley* Constitucional. Si por el contrario, dijésemos que las Constituciones regionales gozan de la misma calidad y supremacía que la Constitución Federal, se tendría que dar por sentado que las mismas, al ser una serie de prescripciones jurídico-políticas particularizadas a un sector de la sociedad, serían a la vez una voluntad unitaria ordenadora. La propia unidad se vería fragmentada, no existiría ni material, ni formalmente. La

31. Véase por ejemplo: Salvador Martínez (2006: pp. 487-499); Quadra-Salcedo Janini (2017: 1-35); Vidal Beltrán y García Herrera Coords. (2005).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

fuerza vinculante como autoridad simplemente pasaría a desnaturalizarse de la mano de cada porción de esa "unidad".[32]

Al seguir a C. Schmitt, debe tenerse en cuenta que la unidad y ordenación reside en la existencia política totalizadora, no así en las diversas leyes que puedan brindar autonomía a las porciones territoriales que conforman la Federación. Lo que estaría en juego, de considerar lo contrario, es la propia decisión política soberana. Ni unidad, ni ordenación podrían coexistir ante la presumible voluntad soberana de cada entidad federativa.

Lo que quiere decirse en este punto, no es que cada porción integrante de la federación no sea autónoma, pues una de las facultades otorgadas en un pacto federal a nivel constitucional, implica el reconocimiento de la libertad de éstas, sin embargo, no una libertad ilimitada. Si bien cada cual goza de autonomía para poder establecer la mecánica de su gobierno interno, ciertamente las formas y modos de ello, deben llevarse a cabo, siempre, conforme al mandato soberano de la Constitución Federal.

Irrisorio sería pensar que el Poder Constituyente que da origen a esas particulares Constituciones pueda ser ilimitado. Si bien puede parecer que con ello se representa un ejercicio de soberanía, ni formal, ni materialmente lo es, pues en esencia no es soberano. El poder soberano es único e indivisible y se ha visto depositado en la Norma Fundamental, de la cual, como ya se ha repetido, es la dirigente del caudal normativo que se pretenda instaurar en la totalidad de un Estado.

Conveniente es pues, para evitar contradicciones, reconocer a las constituciones locales o regionales, no sobre el nombre preciso de Constitución, sino sobre el de leyes constitucionales, prescripciones legales-constitucionales, que si bien tienen una calidad de supremacía, ésta está limitada sólo al territorio-parte del Estado, para el que se realizan. Sí es una ordenación interna, más no una unidad de voluntad política totalizadora. Si por el contrario negásemos esto, caeríamos en el relativismo constitucional ya denunciado por C. Schmitt, donde hablar de Constitución implicaría referirnos a una simple serie de leyes constitucionales, un concepto de unidad política vacía.

> La Constitución se transforma ahora en una serie de distintas leyes constitucionales positivas. Si, a pesar de eso, todavía se sigue hablando de norma fundamental, ley fundamental, etc., es por efecto de la inercia de fórmulas tradicionales que hace tiempo están vacías. Igualmente imperioso y perturbador es seguir hablando de «la» Constitución. En realidad, se hace referencia a una mayoría o pluralidad asistemática de prescripciones legal-constitucionales. El concepto de Constitución se ha relativizado hasta convertirse en un concepto de *ley* constitucional *en concreto*. (Schmitt, 2017: 44)

Resulta de especial importancia ser cautelosos con lo que hasta ahora se ha dicho. No sólo el Poder Constituyente se somete a presión y problemática cuando se habla de Constitución y ley constitucional en un Estado Federal. El papel del soberano de igual manera se somete a tensiones infranqueables. Si tomamos por cierto, como lo es, lo pugnado por Heller[33] al señalar que sólo puede existir un centro del poder de

32. Para mayor ejemplificación respecto al tema de las dificultades para una Teoría de la Constitución en Estados Federados y Confederados en: *Entre el federalismo y el confederalismo. Dificultades y problemas para la formulación de una teoría constitucional del Estado de las Autonomías* (Ruipérez, 2010); "Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons", (Robert F. Williams y Alan Tarr, 2004).

33. A esta tendencia obscurantista debe oponerse firmemente la tesis de que en todo orden de poder, incluida la democracia, debe existir un titular del poder, una unidad decisoria efectiva: el mínimo de determinación de los mandamientos, esto es, la fijación de su médula, de aquel aspecto esencial que debe subsistir y actuar eficazmente en todo momento, es obra única y exclusiva del titular del poder; es por ello que la existencia del poder está condicionada por el hecho de que sus órganos, en la ejecución concreta del mandamiento, tienen, como límite normal, la individualización del mismo efectuada por el titular del poder. (Heller, 2005: 117)

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

decisión, como unidad decisoria efectiva, todo en cuanto exista dentro de un Estado tendrá que ser obra única y exclusiva de ese poder y, en consecuencia, guiarse sobre el mandato que éste determine.

En tal contexto, igualmente acertado es afirmar que todo el constructo jurídico normativo coexistente dentro de un Estado —para nuestro caso al hablar de Federación— sólo puede poseer validez y legitimación como existencia social de la realidad, en cuanto forma parte integrante de la comunidad jurídico-política que implica el Código Fundamental. Es interesante traer a colisión lo establecido por Heller en cuanto a la distinción entre norma jurídica fundamental y normas jurídicas positivas. Si bien este autor no se refiere precisamente a leyes constitucionales sobre la voz de normas jurídicas positivas, sí que podríamos establecer, bajo nuestra percepción, un símil a lo que en Schmitt significa Constitución y ley constitucional. Al respecto nos señala que:

> La relación del derecho a una comunidad concreta es de gran importancia; de ella se deduce, ante todo, la distinción entre normas jurídicas fundamentales y normas jurídicas positivas; sólo a estas últimas damos el nombre de derecho. El derecho positivo es siempre una parte de la realidad histórico-espiritual y de ahí que posea en su comunidad, tiempo y espacio determinados, validez empírica; pero solamente él y nunca otra pretendida manera de ser del derecho, posee dicha validez. (Heller, 2005: 128)

A partir de esta diferenciación entre norma jurídica fundamental y norma jurídica positiva, puede concebirse un mejor panorama que rescate de la tensión al término soberanía. Cuando se evoca la voz norma jurídica fundamental no puede caber lugar a dudas de que lo que se está diciendo es Constitución, mientras que cuando se habla de norma jurídica positiva (aun cuando fundamental para el gobierno interno de la entidad local), lo que se está invocando es la voz de una ley constitucional.

En este marcaje, el problema de la soberanía en el Estado Federal o Estado políticamente descentralizado (Ruipérez, 1999: 539) resulta de inminente preocupación, en cuanto a la esencia del propio Estado Constitucional. La tarea correspondiente a poder aseverar que la soberanía radica elementalmente en la Constitución Federal y, por tanto, en el Estado Federal, no así en sus localidades, puede llevarnos a varios inconvenientes.

No por nada, el profesor español Ruipérez Alamillo (1999: 521-522) ha denunciado que este tema resulta por demás espinoso en la esencia del Estado Constitucional, donde lo que se tendrá que someter a debate es si la formación Federal es compaginable con éste. Es decir, si la Teoría Constitucional de la Federación es consubstancial a la Teoría del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Si como hemos venido realizándolo, comulgamos con el pensamiento de Hermann Heller, tanto en su obra Teoría del Estado, como en la referente a la Soberanía, tendremos que decir que, en efecto, el único soberano existente es la Federación y, por tanto, la única forma en la que éste puede operar es en el propio Poder Constituyente de la Constitución Federal.

Acertada conclusión es establecer que, por que el Estado Federal es consubstancial al moderno Estado Constitucional, el único soberano posible es el Poder Constituyente, ya que es éste el que elabora, aprueba, establece y sanciona el propio texto Federal como una decisión política fundamental. Como lo hemos ya postulado, lo que se aprecia en las Constituciones regionales, no es un acto propio se soberanía, no materialmente, sino un acto de libertad de autonomía. Como mejor lo sintetizara nuestro profesor Ruipérez "la organización política central y las organizaciones políticas regionales se caracterizan, entonces, por ser titulares no de la soberanía, sino de la autonomía."(1999: 546)

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Esta misma conclusión ya la adelantaba en su momento, -y sería, de una u otra suerte, compartida por Kelsen (2015: 273)-, Jellinek (2007: 662) aunque tendencial al Estado unitario, más para lo que interesa es pertinente rescatar su entendimiento de Estados soberanos y no-soberanos, ante lo cual el Estado Federal es "un Estado soberano formado por una variedad de Estados. Su poder nace de la unidad estatista de los Estados miembro." Por tanto, cuando se habla de Constitución Federal se está hablando de igual manera, de un acto de soberanía sobre la cual la comunidad total del mismo, ha decidido unirse en tal régimen territorial, por lo que sólo son soberanos en conjunto, y sólo en lo individual son autónomos, ya que no existe una cosoberanía como sí lo afirmara Jellinek (2007: 663).

De tal suerte que, como dijera el maestro Carpizo (1995: 226), la Constitución es un todo jurídico y político que marca los alcances y límites tanto de la federación y de las entidades federativas, "otorgándole a la primera validez normativa espacial sobre todo el territorio y a las segundas una vigencia limitada a ciertas partes de ese territorio" (1995: 226). Lo que no es más que la positivización de una distribución de competencias en el texto Constitucional, que no puede observarse como competencia sobre la competencia, ya que ello encarnaría la negación de la propia Constitución que crea el régimen Federal.

Competencia ha de significar autonomía, más no soberanía.[34] Estos términos en sí mismos son incompatibles en un orden político federado, ya que de lo que se trata es de la coexistencia de autonomías en un orden común, autonomías constitucionales, en lo que Kelsen (2015: 272)[35] denominase reparto de competencias. Como lo precisa Ruipérez en cita a Carl Fiedrich:

> "podemos hablar apropiadamente de federalismo tan sólo si un conjunto de comunidades políticas coexisten e interaccionan como entidades autónomas, unidas en un orden común y, por supuesto, cada cual con su propia autonomía. Semejante federalismo resulta incompatible con el concepto tradicional de soberanía. No cabe descubrir soberano alguno en el sistema federal [ya operante]: autonomía y soberanía se excluyen mutuamente en un orden político. (...). El único modo teóricamente claro y admisible de plantear el asunto es admitir que, en vez de ser dirigido por un poder soberano, un sistema constitucional descansa sobre el poder constituyente" (Ruipérez, 1999: 539).

En conclusión, lo que se somete a discusión es sólo las competencias de autonomía que tanto la Federación como los Estados miembro tendrán. No son titulares de la soberanía, sino sólo de derechos de autonomía, cuya garantía de vitalidad y

34. Así lo ha razonado el Tribunal Constitucional español, por ejemplo en la STC 4/1981, de 2 de febrero, Fundamento Jurídico 3º, cuando afirma que, las Comunidades Autónomas tendrán un poder limitado, y bajo ningún concepto pueden ser considerados como entes soberanos.

35. Debe aclararse que Kelsen considera al Estado Federal como un Estado centralizado, de tal forma expone que: "La unidad jurídica, es decir, la extensión de asuntos respecto de los cuales rigen en el Estado federal normas unitarias sobre todo el territorio, es mucho mayor que en la confederación. Es un hecho característico del Estado federal que todo el Derecho civil, penal y procesal, o gran parte del mismo, y amplios dominios del Derecho administrativo, son Derecho común, mientras que la confederación posee una esfera de competencias propia relativamente pequeña. También es característico para el Estado federal el hecho de que en su territorio hay unidad monetaria, económica y comercial o, por lo menos, existe una fuerte tendencia en este sentido.

La repartición de competencias puede realizarse enumerándose taxativamente en la constitución las competencias reservadas a la unión, es decir, al orden central, entendiéndose que todas las demás corresponden a los miembros, o a la inversa; pero también es posible que la competencia de la unión se halle delimitada en una cláusula general, de modo que la unión debe cuidar de los intereses comunes a todos los miembros, para lo cual precisa decidir en todo caso cuáles son los negocios a que todos interesan. Generalmente, la constitución federal (en la que la competencia de los órganos centrales tiene una extensión considerable) se sirve del primer método, mientras que la constitución de las confederaciones utiliza más bien el segundo" (Kelsen, 2015: 272).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

vigencia se encuentra amparada por la Constitución Federal, como una decisión política fundamental que elevada a carácter jurídico se vuelve un principio fundamental inmutable mientras así lo quiera el pueblo soberano en su totalidad, único hacedor y reformador, en su caso, de las decisiones de su voluntad, que como lo expresara Carpizo en comentario a Schmitt, son el fundamento y núcleo de una Constitución (2013: 226).

Como corolario de todo lo aquí discutido, no puede caber mayor duda que, como lo señalara el maestro Ruipérez en cita a Friedrich, en el Estado políticamente descentralizado, mejor conocido como Estado Federal, "el único soberano posible es el Poder Constituyente, el cual, tan pronto como la Constitución entra en funcionamiento desaparece de la escena política ordinaria" (1999: 557). Coincidiendo, por lo demás, con el profesor español, entender lo contrario nos llevaría a negar, cuando no a aniquilar, el pacto social.

A este momento del discurso creemos conveniente retrotraernos a las interrogantes que fueron planteadas con anterioridad. Podemos afirmar con cierta puntualidad, que la respuesta a si ¿Cabe hablar de acto de soberanía en la creación particular de cada Constitución regional? es un "no". Como quedó claro, en un Estado Constitucional cuya forma de organización territorial y gubernamental se base a la idea de un Estado políticamente descentralizado, sólo es posible hablar de soberanía a nivel de la Constitución Federal, toda vez que ésta es expresión inmediata del pueblo soberano como obra del Poder Constituyente.

Las llamadas Constituciones regionales no son, por tanto, un acto de soberanía sino de autonomía territorial. El Poder Constituyente que les da origen no es ilimitado, si se permite la expresión, sería la escenificación de un Poder Constituyente constituido, cuya base se encuentra en la permisión jurídico-política dotada por la Constitución Federal, mediante el reparto de competencias.

Al dar por sentado esto, se tiene que tildar de innecesarias las demás preguntas planteadas, no obstante, es prudente pronunciarnos en un intento por reafirmar y esclarecer el sinuoso y entorpecido camino construido al respecto. Pues bien, lo adelantamos ya en el párrafo previo, en efecto, no cabe la posibilidad de que exista más de un Poder Constituyente dentro de un Estado, aun cuando éste sea federado, ya que aquellos poderes que vía derecho de autonomía dan a sus respectivos territorios una determinada forma de organización política, no son, ni pueden ser ilimitados, constituyentes, serán siempre constituidos; Sus facultades y atribuciones son claramente diferentes a las dotadas al Poder Constituyente encarnado en la decisión política del principio democrático de soberanía popular.

Al ser el Poder Constituyente que da origen a la Constitución Federal el único portador de la soberanía popular como unidad y organización de la voluntad política totalizadora, éste es el único poder ilimitado como fuerza ordenadora (Mortati: 1972: 358). Por el contrario, todo en cuanto sea planteado por éste tendrá la característica de ser un poder constituido, más no constituyente. En tales términos referimos que aquel poder que sirve para llevar a la vida jurídica, por medio de leyes constitucionales la autonomía territorial de un Estado miembro de la federación, en realidad no es un poder soberano, sino un poder de derecho de autonomía, un poder constituyente constituido, cuya obra, en el mejor de los casos, será una ley constitucional, un aparato legal-constitucional, no una Constitución en el sentido de unidad y organización multicitado.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

IV. NOTAS FINALES

Como se ha podido advertir, el fondo del escrito que se presenta, no es otro que el postular la existencia de una única voz soberana contenida en lo que llamamos Constitución, alejada de cualquier otro intento de normativización aislada y condicionada a un pacto, para el caso mexicano, a un pacto federal. Sólo una norma fundante producto de un Poder Constituyente ilimitado en su función, puede y debe ser nombrada Constitución. Lo que de ella se desprenda, jurídica y políticamente hablando, para organizar un determinado territorio, será, a lo sumo, una ley constitucional, cuyo creador será siempre, un poder constituido, limitado, condicionado y direccionado en todo su actuar.

Sólo el Poder Constituyente es ilimitado, originario y absolutización de valores políticos (Zagrebelsky, 2005),[36] por su parte los poderes constituidos por inercia del soberano no pueden serlo, pues detrás de ellos y *ex ante* existe un poder que los limita, direcciona y faculta en sus decisiones. Digamos que es una especie de instrumentalización de la organización estatal, cuyo núcleo de mando está contenido en la Constitución Federal, de ella depende lo que pueden ser y de qué forma las leyes constitucionales regionales.

La Constitución se diferencia de la ley constitucional (Constitución regional) al ser Norma Suprema y Fundante, a la vez que es una codificación jurídico-política reguladora del procedimiento de formación de la voluntad estatal (Schmitt, 2017: 49). Ésta es por su contenido y alcance, siempre más elevada y abarca más que cualquier ley particular,[37] incluso aquella que designe el ejercicio del derecho de autonomías, ya que es la competencia sobre las competencias.

La característica primordial de aquel Código Jurídico-Político Fundamental, es que detrás de él no existe ningún poder que le domine y/o direccione, pues en él se contemplan las formas y modos de la existencia política de la voluntad general. Es creador, mediante decisión política fundamental, de las leyes constitucionales de los Estados miembros, ahora como decisión jurídica fundamental, a través de su forma política descentralizada.

El Estado políticamente descentralizado es un presupuesto que subyace al concepto de Estado Constitucional, a partir del cual se entiende que, en un Estado Federal el único soberano posible es el Poder Constituyente. Corolario obligado, pensar a las leyes constitucionales regionales como actos de autonomía y no de soberanía.

Sólo puede existir una Constitución como *lex superior*, único lugar en donde el soberano se expresa como tal a partir del Poder Constituyente. Los Estado miembros al Estado políticamente descentralizado tendrán como mecanismo formador de su particular forma de gobierno y organización institucional, en el mejor de los casos, una ley constitucional siempre limitada y obediente a la Constitución que ha garantizado su propia existencia y demarcado su competencia.

36. "es fijación, es absolutización de valores políticos, es puro deber ser, es comienzo *ex novo*, es elisión del pasado y reducción de todo futuro al presente, es inicialmente aceleración histórica inesperada y sucesivamente detención del movimiento, es expresión de un solo proyecto político, individualizado e incondicionado y por ello soberano, es predeterminación de los problemas y planificación de soluciones" (Zagrebelsky, 2005: 35)

37. "Al relativizar la Constitución en ley constitucional y hacer formal la ley constitucional, se renuncia por completo a la significación objetiva de Constitución. «La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales estriba exclusivamente en su fuerza legal aumentada». Duración y estabilidad de la Constitución se reducen a que las formalidades de un artículo constitucional sobre reforma de la Constitución han de resultar obstaculizadoras" (Schmitt, 2017: 53).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Por último, aun cuando no es la intención del presente hacer alarde a ello, debe precisarse que la mecánica en que la Constitución asegura el ser reconocida como Norma Suprema y Fundamental, como expresión de la voz soberana en el tiempo y espacio de la realidad viviente, se debe al denominado procedimiento de revisión constitucional, es decir, su procedimiento de reforma, característica que se diferencia del resto de leyes constitucionales por su rigurosa condición de cambio, mismo mayormente dificultado que para éstas, con ello no sólo se postra como *lex superior* sino que garantiza al pueblo soberano la duración y estabilidad de su decisión política, con lo que se acentúa como fuerza vinculante de la sociedad, el Estado y sus instituciones.

La vitalidad y vigencia de una Constitución se debe siempre a su dialéctica entre los factores reales de poder que la forman, donde necesariamente debe imperar un procedimiento de reforma que actúe como propia regulación constitucional de la Constitución, cuya medida habrá de ser, únicamente, el devenir político-social del pueblo.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

V. FUENTES DE CONSULTA

- ALDRETE ACUÑA, Christian Yair (2019): Fuero Constitucional; Garantía de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Estudio comparado entre México y España, V/Lex, México.
- ARISTÓTELES (2005): Política, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BRYCE, James (1901): "Flexible and Rigid Constitutions", Studies in History and Jurisprudence, vol. I, Clarendon Press, Oxford; Edición en español: (1951), Constituciones flexibles y constituciones rígidas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- BURDEAU, Georges (1983): Traité de science politique IV. Le statut du pouvoir dans l'état, Librairie générale du droit et de jurisprudente, París; Edición en español: (1982), Trad. Iris Unikel y Brunilda Gordon, UNAM, México.
- BURGOA, Ignacio (1991): Derecho constitucional mexicano, 8a. ed. Porrúa, México.
- CALZADA CONDE, Rogelia (1987): La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional, Vol. II, Ediciones Universidad, Salamanca.
- CANOSSA USERA, Raúl (1988): Interpretación constitucional y fórmula política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- CARPIZO, Jorge (1980): Estudios constitucionales, UNAM, México.
- CARPIZO, Jorge (1983): Estudios constitucionales, LGEM/UNAM, México.
- CARPIZO, Jorge (1995): La Constitución Mexicana de 1917, 9ª ed., Porrúa, México.
- CARPIZO, Jorge (2013): La Constitución mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria¸ 16ª ed., Porrúa, México.
- COMANDUCCI, P. (1990): "Ordine o norma? Si alcuni concetti di costituzione nel settecento", en Studi in memoria di Giovanni Tarello I, Giufrée, Milán.
- CUEVA, Mario de la (1965): Apuntes de derecho constitucional, México, 1965.
- DE BERGOTTINI, G. (1976): "Costituzione", en BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. (eds.): Dizionario di política, UTET, Turín.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro (1985): La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Ed. Tecnos, Madrid.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro (2017): "La reforma constitucional", en Obras Escogidas de Pedro De Vega García, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro (2017): "Significado, fundamento y funciones de la reforma constitucional", en Obras Escogidas de Pedro De Vega García, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- DÍAZ RICCI, Sergio (2004): Teoría de la reforma constitucional, UNAM, México.
- FIORAVANTI, Maurizio (2011): Constitución. De la antigüedad a nuestros días, Ed. Trotta, Madrid.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán (1984): "Noción del Derecho Constitucional", en Revista Estado & direito, nº 3, I semestre, 1984. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14254/14873

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- GUASTINI, Riccardo (1999): "Sobre el concepto de Constitución", en Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional, número 1, IIJ-UNAM, México. Disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5566/7216
- HELLER, Hermann (2005): La Soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional, Fondo de Cultura Económica, México.
- HELLER, Hermann (2017): Teoría del Estado, Trad. Luis Tobío, Fondo de Cultura Económica, México.
- HESSE, Konrad (2012), Escritos de Derecho Constitucional, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- JELLINEK, Georg (1906): Reforma y mutación de la Constitución, Madrid.
- JELLINEK (2007): Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México.
- KANT, Immanuel (2015): Antropología, trad. José Gaos, 2 da. Ed., Alianza, Madrid.
- KELSEN, Hans (2015): Teoría General del Estado, 5ta ed., Ediciones Coyoacán, México.
- LASSALLE, Ferdinand (1984): ¿Qué es una Constitución?, Ariel, Barcelona.
- LOEWENSTEIN, Karl (2018): Teoría de la Constitución, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, España.
- MAQUIAVELO, Nicolás (2015): Discursos sobre la primera década de Tito Livio, 3 era. Ed., Alianza, Madrid.
- MORTATI, Constantin (1972): "Appunti sul problema della fonte del potere Costituente", en Raccolta di scritti, vol. I, Giuffrè, Milán.
- NERIA GOVEA, Miguel de J. (2018): "El Poder Constituyente Permanente en México y el problema de los límites de la Reforma Constitucional", en Revista Estudios Constitucionales, año 16, N° 1, 2018, Chile, pp. 67-98. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v16n1/0718-5200-estconst-16-01-00067.pdf
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017): "Poder constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad", en Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 36, UNAM, México.
- OSTROGORSKI, Moisés (2008), La democracia y los partidos políticos, Ed. Trotta, España.
- PÉREZ ROYO, Javier (2015), La reforma constitucional inviable, Ed. Catarata, España.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier (1999): "Principio democrático y federalismo. El poder constituyente como único soberano posible en el estado políticamente descentralizado", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 03, 1999, España, pp. 517-557.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier (2010): Entre el federalismo y el confederalismo. Dificultades y problemas para la formulación de una teoría constitucional del Estado de las Autonomías, Biblioteca Nueva, Madrid.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier (2018): En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. Consideraciones sobre la vigencia del Texto de 27 de diciembre de 1978 en su 40 aniversario, Tirant lo Blanch, España.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la (2017): "El Estado Autonómico y la reforma del artículo 135 de la Constitución", en VI Foro de la Autonomía, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Barcelona. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=686688
- WILLIAMS, Robert F. y TARR, Alan (2004): "Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons", en Federalism, Subnational Constitutions and Minority Rights, Praeger Publishers, Estados Unidos.
- SALVADOR MARTÍNEZ, María (2006): "Los límites a la apertura del sistema autonómico en el informe sobre la reforma de la constitución", en Teoría y realidad constitucional, número 18, pp. 487-499, UNED.
- SCHMITT, C.; Kelsen, H. (2009): La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Madrid, Tecnos.
- SCHMITT, Carl (2017): Teoría de la Constitución, Edit. Alianza, Madrid.
- SALAZAR UGARTE, Pedro (2015): "Sobre el concepto de Constitución" en: FABRA ZAMORA, Jorge Luís (editor), Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, IIJ-UNAM, México.
- SERNA DE LA GARZA, José María (2016): El sistema federal mexicano: trayectoria y características, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INEHRM y IIJ-UNAM, México.
- SMEND, Rudolf (1985): Constitución y Derecho Constitucional, trad. José M. Beneyto Pérez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- TENA RAMÍREZ, Felipe (2005): Derecho Constitucional Mexicano, México, Porrúa, Trigésima Séptima Edición.
- VIDAL BELTRÁN, José María y GARCÍA HERRERA, Miguel, Coords. (2005): El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad, Vol. I, Ed. COLEX, Madrid.
- WONG MERAZ, Víctor Alejandro (2010): Constitución mexicana. Reforma y Mutación, Porrúa, México.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1984): Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto, Turín.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2005): Historia y Constitución, Mínima Trotta, Madrid.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1988): Manuale di diritto costituzionale, 2a. ed., UTET, Turín; versión al español, (2000): "La Constitución y sus normas", Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, Porrúa-UNAM, México. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

CALIDAD DEMOCRÁTICA
CATALINA RUIZ-RICO RUIZ

190 INFORME
LA POLARIZACIÓN POLÍTICA EN LAS DEMOCRACIAS ACTUALES: EXPRESIONES Y CONSECUENCIAS
por Mikel Barreda

203 INFORME
LA DENOMINADA "DEMOCRACIA PARTICIPATIVA" COMO GÉNERO DISTINTO DE LA DEMOCRACIA DIRECTA Y DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA
por José Antonio Tardío Pato

221 INFORME
DECÁLOGO JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL SOBRE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
por Javier Sierra Rodríguez; Ana Galdámez Morales; Alicia González Moro; Pablo Cruz Mantilla de los Ríos; Eloísa Pérez Conchillo

246 INFORME
ANÁLISIS DEL ROL DE LA ESTUPIDEZ EN LA POLÍTICA DESDE EL PENSAMIENTO DE CIPOLLA. LOS CASOS BRITÁNICO Y CATALÁN
por Alfredo Ramírez Nárdiz

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

LA POLARIZACIÓN POLÍTICA EN LAS DEMOCRACIAS ACTUALES: EXPRESIONES Y CONSECUENCIAS

POLARISATION IN DEMOCRACIES: EXPRESSIONS AND CONSEQUENCES

por Mikel Barreda

Profesor agregado de Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya

Cómo citar este artículo / Citation:
Barreda, Mikel (2021):
La polarización política en las democracias actuales:
expresiones y consecuencias, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.

DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0109

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

La polarización política se ha convertido en uno de los grandes temas del momento. Políticos, periodistas y analistas acuden con frecuencia a este término para describir, normalmente con preocupación, la situación de muchas sociedades democráticas. Pese a la relevancia de sus implicaciones, es aún una cuestión poco conocida, y acompañada de vaguedad y confusión. Este trabajo pretende aportar algunas claves analíticas que ayuden a comprender mejor el fenómeno de la polarización. En concreto, pretende clarificar qué es la polarización y cuáles son sus principales variantes; qué alcance tiene en España y cómo ha evolucionado; cuáles son sus principales causas; y qué consecuencias genera.

Palabras clave: polarización, ideología, sistema de partidos, calidad de la democracia.

ABSTRACT

Political polarization has become one of the main issues of the moment. Politicians, journalists and analysts frequently use this term to describe, usually with concern, the situation of many democratic societies. Despite the relevance of its implications, it is still a little known issue, and accompanied by vagueness and confusion. This work aims to provide some analytical keys that help to better understand the phenomenon of polarization. Specifically, it seeks to clarify what polarization is and what its main variants are; what scope it has in Spain and how it has evolved; which are its main causes; and what consequences it generates.

Keywords: polarization, ideology, party system, quality of democracy.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace pocos años, la polarización política era una cuestión de la que hablaban casi en exclusiva los politólogos cuando analizaban la distribución de los partidos y los votantes en los ejes ideológicos de una sociedad. Hoy, en cambio, la polarización se ha convertido en un término muy popular, al que recurren habitualmente políticos, periodistas y analistas para describir la situación política de muchas democracias. En especial cuando se habla de polarización política, Estados Unidos se coloca en el centro de atención. En la última década, ha aumentado considerablemente la distancia ideológica entre republicanos y demócratas -con una mayor radicalización en los primeros- y se han intensificado los sentimientos y valoraciones negativas que mutuamente se dirigen (Heltzel y Lurin, 2020). Como han señalado Levitsky y Ziblatt (2018: 2020), "el problema fundamental que afronta la democracia norteamericana sigue siendo la extrema división partidista -alimentada no sólo por diferencias políticas, sino por fuentes más profundas de resentimiento" (traducción del original). Esta acusada polarización es fuente de gran preocupación en Estados Unidos, dadas las amenazas que supone para la salud de su democracia. Algunas de estas amenazas se han hecho ya efectivas. La más evidente ha sido la tensión y el deterioro a la que se han visto sometidas las instituciones democráticas tras las elecciones presidenciales de 2020: la negación de Donald Trump a aceptar los resultados electorales y su estrategia de confrontación radical y deslegitimación institucional alentaron el asalto al Capitolio por seguidores trumpistas a comienzos de este año.

España, como otros países de nuestro entorno, no ha quedado al margen del fenómeno de la polarización política. La entrada en escena de formaciones y discursos populistas, la transformación sustantiva del sistema de partidos -con mayores niveles de fragmentación y distanciamiento ideológico- la aplicación de una moción de censura en 2019, que comportó el cambio de partido en el gobierno y, por último, la reciente crisis del Covid-19 han creado un caldo de cultivo propicio para la polarización. Basta con dar un vistazo a los titulares de prensa de los últimos años para percatarse del clima de división, enfrentamiento y crispación que se ha instalado en la esfera política. Como botón de muestra, el fracasado debate de la Cadena SER entre los candidatos a las elecciones de la Comunidad de Madrid de 2021: tras una tensa y bronca discusión entre dos de los candidatos, el abandono de la emisora por parte de uno de ellos y la amenaza de otros dos con hacer lo mismo, la moderadora tuvo que finalizar anticipadamente el debate.

Dada la novedad de esta temática en nuestro país no resulta extraño el limitado conocimiento que se tiene sobre la polarización política y la modesta atención académica que ha recibido hasta la fecha, si bien ésta última es cada vez mayor (Miller, 2021; Miller y Torcal, 2020; Torcal, 2020; Simón, 2020). En este contexto, el propósito de este artículo es aportar algunas claves que ayuden a comprender mejor el fenómeno de la polarización y percatarse de su importancia. En particular, se abordarán cuatro cuestiones: qué se entiende por polarización política y cuáles son sus variantes principales; qué sabemos sobre su alcance en España y su evolución; cuáles son los principales factores explicativos; y qué consecuencias comporta. Como se verá, algunas de estas cuestiones han generado ricos debates académicos.

II. LA POLARIZACIÓN POLÍTICA Y SUS VARIANTES

En las ciencias sociales se emplea el término *polarización* para aludir al grado de división entre ciertos individuos o grupos por razones políticas, de renta, cultura, religión o etnia, entre otras. En el caso de la polarización política, tradicionalmente esta división se ha entendido como el grado de diferenciación ideológica entre los

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

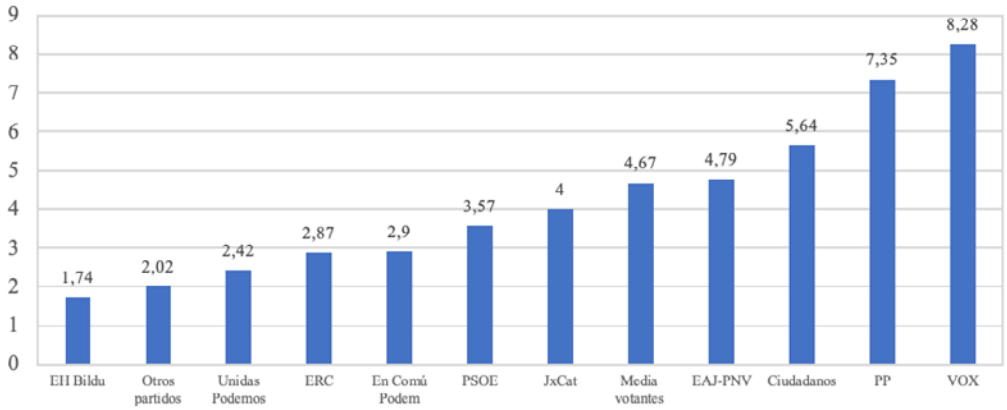
INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

partidos políticos (Dalton, 2008). La *polarización ideológica* refleja si los partidos se parecen entre sí en los principales ejes ideológicos o, por el contrario, muestran opciones diferentes ante el electorado[1]. Cuanto mayor es la distancia en las posiciones entre los partidos mayor es el nivel de polarización. El eje ideológico por excelencia en las democracias occidentales es el de izquierda-derecha, pero también hay otros, que varían de unas sociedades a otras. Uno de los más comunes es el eje territorial, que mide las ubicaciones de los partidos en relación con las identidades nacionales o las preferencias sobre el modelo de organización territorial.

Los datos que se utilizan más frecuentemente para calcular el nivel de polarización ideológica de los partidos proceden de encuestas a ciudadanos. En especial, la pregunta sobre la ubicación en una escala de izquierda-derecha (con valores que pueden oscilar, por ejemplo, entre el 1 y el 10) es habitual en los sondeos de opinión pública. El Gráfico 1 presenta datos de un sondeo reciente en el que se aprecia cómo los votantes de los principales partidos españoles ocupan posiciones muy dispares a lo largo del eje izquierda-derecha. Una forma sencilla de medir el nivel de polarización ideológica es calcular la distancia que separa a los grupos situados en los extremos dividida por la máxima diferencia posible (9 en una escala de 1 a 10). En este caso, la distancia entre los electores de los partidos más extremistas, Bildu y Vox, es 0,73, lo que es propio de un sistema de partidos con alto nivel de polarización ideológica (Sartori y Sani, 1980). En la investigación politológica se suele recurrir a procedimientos más sofisticados, que calculan la polarización teniendo en cuenta todos los partidos y su peso, ya sea en votos o en escaños[2]. También se puede calcular a partir de las posiciones de los partidos en relación con temas concretos, como la política fiscal, la inmigración o las políticas sociales. De todo ello nos ocuparemos con más detalle en la próxima sección. Pero vale la pena subrayar que España es un país bastante polarizado ideológicamente.

Grafico 1. *Ubicación en el eje izquierda-derecha según el recuerdo de voto en las elecciones generales de 2019 en España**



(*) Los valores de la ubicación ideológica oscilan entre 1 ("lo más a la izquierda) y 10 ("lo más a la derecha").
Fuente: elaboración propia a partir de Estudio 3315 de CIS (marzo 2021).

1. Se utiliza el término *ideología* en el sentido atribuido por Downs (1957), esto es, como una imagen verbal de una "sociedad deseable" y de las principales políticas necesarias para construirla.

2. Para más información sobre fórmulas de polarización ver Dalton (2008) y Barreda y Ruiz (2020). Además de los datos de encuestas a ciudadanos, también se utilizan datos procedentes de encuestas a parlamentarios, expertos, así como datos extraídos de análisis de los programas de los partidos.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En los últimos años estamos asistiendo a la extensión de otra variante de polarización política, que no descansa en diferencias ideológicas o distintas preferencias sobre políticas públicas, sino en diferencias respecto a los sentimientos que despiertan los partidos y los líderes políticos. Es lo que se ha denominado *polarización afectiva*, que se expresa como un mayor apego hacia los partidos políticos, los líderes y los votantes con los que nos identificamos y una mayor hostilidad hacia los partidos, líderes y votantes con los que no nos identificamos (Miller, 2021). Por tanto, no estamos ante una polarización sustentada en cuestiones ideológicas y programáticas, sino en elementos de naturaleza emocional y sentimental. Como ha indicado uno de los principales expertos españoles en esta temática, "se trata de una polarización basada en visiones maniqueas y simplistas de los adversarios políticos (*nosotros* frente a *ellos*), a quienes se presentan y perciben como enemigos a eliminar y a los que se les niega la legitimidad de su propia existencia" (Torcal, 2020).

El concepto y el estudio de la polarización afectiva surgió en Estados Unidos ante la constatación de que, en las dos últimas décadas, se habían ampliando los sentimientos de desconfianza y rechazo de los simpatizantes de uno de los dos grandes partidos hacia los simpatizantes del otro. Por ejemplo, en el caso de los republicanos las actitudes desfavorables hacia los demócratas pasaron de 68% en 1994 a 82% en 2014, y las actitudes muy desfavorables subieron de 17% a 43% (Pew Research Center, 2014). Un instrumento más sofisticado para examinar la polarización afectiva son los termómetros de sentimientos, que miden las emociones manifestadas hacia una persona o un grupo, utilizando una escala de 0 (aprobación) a 100 (desaprobación). En la sociedad norteamericana se constata un descenso rotundo de los sentimientos de afecto de las personas hacia los seguidores del "otro" partido desde los años setenta a 2020 (del valor 48 al 20), y que hoy las actitudes desfavorables con respecto a los identificados con el "otro" partido son superiores a las actitudes favorables con respecto a los simpatizantes del "propio" partido (Finkel et al., 2020).

Recientemente, desde el campo de la psicología social se ha acuñado el concepto de "tribalismo político" para denominar esta división política que vive la sociedad americana (Finkel et al., 2020). Según sus autores, los partidarios de cada uno de los grupos políticos se comportan de forma similar a los integrantes de una secta: perciben a los simpatizantes del otro grupo como esencialmente diferentes; muestran desagrado y hostilidad hacia ellos; y creen en la superioridad moral de su grupo respecto a los "otros".

III. LA POLARIZACIÓN IDEOLÓGICA Y AFECTIVA EN ESPAÑA

Los datos y los estudios de que disponemos sobre la polarización en España revelan que ésta presenta un nivel destacado y que ha aumentado en los últimos años. Esto afecta tanto a la polarización ideológica como a la afectiva. La Tabla 1 muestra los niveles de polarización en las dos principales líneas de división ideológica que hay en España: el de izquierda-derecha y el territorial[3]. La polarización ideológica ha seguido una tendencia claramente ascendente desde el año 2000. El mayor incremento de la polarización en el eje izquierda-derecha aparece a partir de 2015 y 2016, como resultado, sobre todo, de los cambios operados en el sistema de partidos. En especial, fruto de la mayor fragmentación, que ha supuesto el "fin del bipartidismo" y la irrupción de dos nuevas formaciones políticas, Podemos y Ciudadanos, una de

3. Cada uno de estos índices se ha construido a partir de preguntas de encuestas del CIS, sobre la base de la misma fórmula de polarización ideológica (Simón, 2020).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

las cuales, Podemos, está situada en uno de los extremos. La cota más elevada de polarización en este eje se alcanza en 2019, lo que se puede explicar por dos circunstancias: la entrada en escena de un nuevo partido de extrema derecha (Vox) y la crisis territorial originada en Cataluña (Simón, 2020).

Tabla 1. *Polarización ideológica en elecciones españolas, 2000-2019.*

Elección	Polarización izquierda-derecha	Polarización territorial
2000	3,75	--
2004	4,15	--
2008	4,24	3,75
2011	4,39	4,75
2015	4,73	5,03
2016	5,04	5,04
2019	5,10	--

Fuente: Simón (2020), a partir de datos de CIS.

En cuanto a la polarización en la cuestión territorial, ésta se intensifica entre 2008 y 2011, en un contexto marcado por la crisis económica y la publicación, en 2010, de la sentencia del Tribunal Constitucional respecto al Estatuto de Cataluña de 2006. En los años siguientes el aumento ha sido mucho más moderado (lamentablemente no disponemos de datos para las elecciones de 2019).

También se ha constatado un aumento de la polarización en torno a políticas públicas concretas, aunque en menor medida que con respecto a las cuestiones ideológicas. Un trabajo de Miller (2021) aporta evidencias interesantes al respecto. Muestra que las políticas que generan más polarización son las relacionadas con los impuestos y, en menor medida, con la inmigración. En el caso de la política fiscal la influencia de los nuevos partidos ha sido crítica. Su llegada ha generado que Podemos, PSOE e incluso Ciudadanos se hayan desplazado, desde 2016, hacia posiciones favorables a mayores impuestos; en cambio, la entrada de Vox ha reforzado las posiciones partidarias de reducirlos, a las que se ha ido sumando el Partido Popular. Sin embargo, hay algunos ámbitos de gestión y políticas públicas en los que se constata bajos niveles de polarización, especialmente la importancia dada a los servicios públicos y, en particular, a la sanidad pública. Como concluye Miller (2021: 16), "a pesar de las crecientes diferencias en muchos aspectos, el apoyo al estado de bienestar en España sigue siendo transversal al conjunto de partidos".

Por lo que se refiere a la polarización afectiva, la información de que disponemos es mucho más limitada que la de carácter ideológico, aunque evidencia un panorama bastante similar: un alto nivel de polarización y en aumento en los últimos años. Así, el índice de polarización afectiva de Miller y Torcal (2020), construido a partir de los sentimientos que despiertan los líderes políticos, se ha incrementado, con algunos altibajos, entre 1993 y 2019 (ver Gráfico 2). Los momentos de mayor polarización corresponden a 2008 y 2015. El trabajo de estos autores aporta otro resultado interesante: la polarización afectiva se sustenta, en general, más en la presencia de sentimientos positivos hacia el propio líder que en sentimientos negativos hacia los otros líderes. Esto constituye una diferencia con respecto a lo observado en Estados Unidos, donde la polarización descansa más bien en la hostilidad hacia los "otros".

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

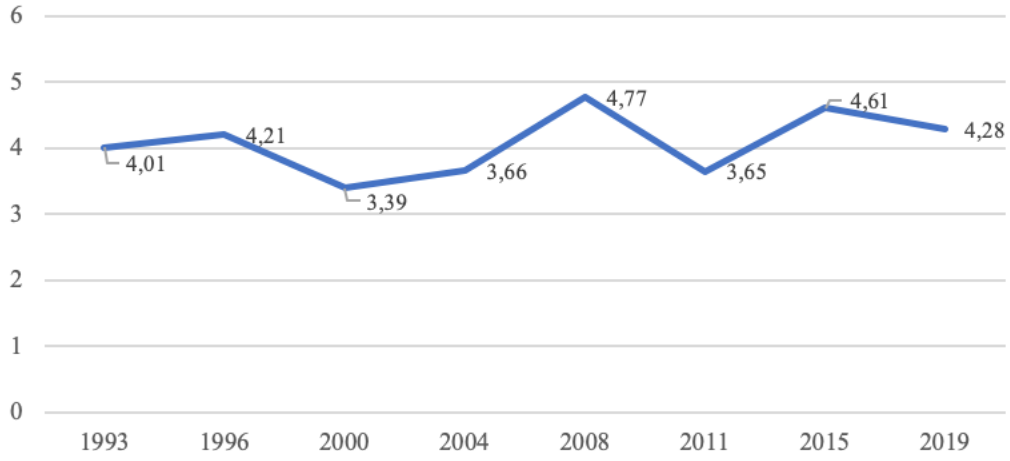
ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Gráfico 2. *Evolución de polarización afectiva en España (1993-2019)*

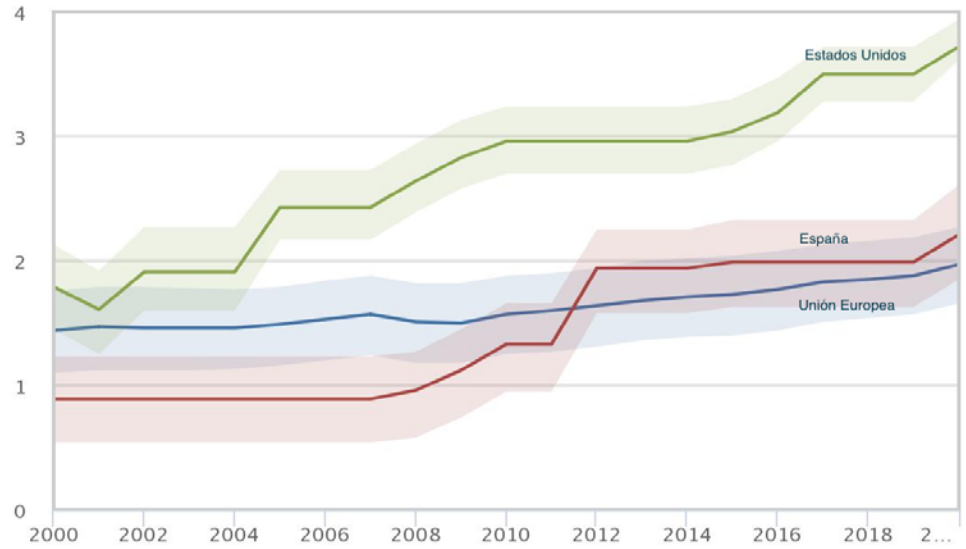


Fuente: elaboración propia a partir de Miller y Torcal (2020).

Según otro estudio reciente, la polarización afectiva es un fenómeno generalizado entre los ciudadanos que se identifican con algún partido, si bien es más acusada entre los identificados con Podemos y, sobre todo, Vox (Torcal, 2020). También de este trabajo cabe destacar que la irrupción de Vox ha favorecido el crecimiento de la polarización afectiva, aunque ésta estaba previamente instalada entre los distintos votantes.

El Instituto V-Dem elabora un indicador cercano al de polarización afectiva, que nos proporciona una perspectiva comparada con otros países. Este indicador aporta evidencia de en qué medida las diferencias y divisiones políticas se trasladan a las relaciones sociales, utilizando una escala de 0 (relaciones sociales amistosas) a 4 (relaciones basadas en la hostilidad). Como podemos observar en el Gráfico 3, la polarización política en España es relevante (con un valor de 2,21), superior al promedio de la Unión Europea (1,97), aunque lejos de las cotas tan extremas de Estados Unidos (3,72).

Gráfico 3. *Evolución de polarización política en España, EEUU y UE (2000-2020)**



(*) El indicador de polarización política oscila entre 0 (relaciones sociales amistosas) y 4 (relaciones sociales basadas en hostilidad)

Fuente: V-Dem (Varieties of Democracy).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Asimismo, el Gráfico 3 permite identificar tres momentos en la evolución de la polarización en España. El primero transcurre entre 2000 y 2011, y corresponde a un periodo de baja polarización, si bien con el inicio de la crisis económica de 2008 empieza a ascender. En 2012, tras un aumento brusco de la polarización, ésta pasa a situarse en un nivel intermedio hasta 2019. Finalmente, en el contexto de la pandemia del Covid-19, vuelve a aumentar la polarización y alcanza el valor más elevado.

No se cuenta aún con datos detallados del último año, pero es previsible que la polarización tanto de signo ideológico como afectivo haya aumentado aún más en nuestro país. Como sabemos, la gestión del Covid-19 ha estado muy politizada y ha dado pie a una fuerte división y confrontación entre los partidos, que ha calado en la opinión púbica.

IV. LAS CAUSAS DE LA POLARIZACIÓN

Ante este aumento reciente de la polarización política en muchas democracias, surge una pregunta inmediata y es ¿cuáles son sus causas? La literatura sobre polarización ha puesto de manifiesto un amplio abanico de factores explicativos. Por lo general, se han formulado explicaciones por separado de la polarización ideológica y la afectiva, si bien algunas de ellas son aplicables para los dos tipos de polarización. Comenzando por la polarización ideológica, especialmente se ha resaltado la influencia de dos factores: el contexto social de un país y las características de su sistema de partidos. Veamos cada uno de estos factores.

- *El contexto social*. En especial, se ha remarcado la incidencia de dos aspectos: el nivel de heterogeneidad de una sociedad y el grado de conflictividad (Downs, 1957). Se asume que cuanto más plural es una sociedad, esto es, cuanto más fracturada está por *cleavages* o divisiones sectoriales (raciales, lingüísticas, regionales, religiosas, etc.)[4], mayor es el grado esperado de polarización ideológica. Esta polarización se acentúa aún más si alguna de esas divisiones genera una intensa conflictividad social.

- *El sistema de partidos*. La variable partidista cuyo efecto más se ha subrayado es la fragmentación. Por ejemplo, Downs (1957) ha señalado que un sistema multipartidista favorece la distribución de los partidos a lo largo del continuo izquierda-derecha, incentivándoles a remarcar sus diferencias ideológicas y a desarrollar una competencia centrífuga. No obstante, esta tesis ha sido cuestionada por otros autores (por ejemplo, Sartori y Sani, 1980). La volatilidad electoral entre partidos es otra variable del sistema de partidos destacada. El argumento que se aduce es que los contextos de elevado cambio de votos crean incertidumbre entre los electores, lo que resulta propicio para que los partidos presenten propuestas ideológicas y programáticas diferenciadas (Sartori, 2005; Simón, 2020).

En cuanto a la polarización afectiva, hay dos causas específicas que despuntan en la literatura: la polarización ideológica entre las élites políticas y el papel de los medios de comunicación.

4. Se emplea el concepto de *sociedad plural* en referencia a una "sociedad dividida", como dice Lijphart (1984: 14) por "divisiones sectoriales (...) donde las divisiones políticas siguen muy de cerca y tocan especialmente líneas de diferenciación objetiva, especialmente aquellas particularmente salientes en una sociedad".

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- *La polarización ideológica entre las élites políticas*. Cuando los ciudadanos observan fuertes divisiones entre los políticos y que éstos recurren a mensajes disciplinados para discutir sus posiciones, tienden a percibir que hay profundas diferencias ideológicas entre ellos (superiores incluso a las reales), lo que favorece la extensión de la polarización afectiva (Finkel et al., 2020). Diversos estudios empíricos han confirmado esta relación (por ejemplo, Rogowski y Sutherland, 2015). En cambio, en otros trabajos no se ha constatado que la polarización ideológica conduzca a polarización afectiva (Gidron, Adams y Horne, 2019).

- *El papel de los medios de comunicación*. Un caso muy ilustrativo de la influencia de los media es lo sucedido en Estados Unidos. A finales de los años 80, empezó a erosionarse la "doctrina de imparcialidad" de la *Federal Communications Commission*, por la que se exigía a cualquier canal de noticias transmitir la información controvertida de forma neutral. Algunos canales de radio y de televisión comenzaron a emitir noticias con un sesgo político muy acusado (como el canal conservador Fox News), lo que fue clave para ampliar la polarización afectiva (Finkel et al, 2020). Últimamente, este efecto se ha extendido aún más con las redes sociales.

Como se indicaba antes, también encontramos en la literatura académica referencias a determinantes comunes de la polarización ideológica y afectiva. En concreto, se trata de las condiciones económicas de un país y del tipo de instituciones políticas existentes.

- *Condiciones económicas*. La desigualdad de ingresos es un factor socialmente muy divisivo, que es fuente de divisiones tanto en el terreno de las ideologías como en el de los sentimientos hacia los partidos y sus seguidores. El estudio de Gidron, Adams y Horne (2019) ha evidenciado el efecto potenciador que ejerce la desigualdad económica sobre la polarización ideológica y afectiva. Este trabajo constata también que las recesiones económicas contribuyen a situar a los partidos ante opciones contrapuestas de políticas públicas y ampliar las actitudes negativas hacia los partidos con los que no se está identificado.

- *El tipo de instituciones políticas*. Lijphart (1999) ha hecho célebre la distinción entre los modelos mayoritario y consensual de democracia, cada uno articulado sobre diferentes tipos de instituciones (por ejemplo, reglas electorales mayoritarias frente a proporcionales). Dado que el modelo consensual plantea mayores beneficios para la calidad de una democracia, algunos académicos se han interesado por analizar si esto afecta a la polarización. Los resultados de varios estudios van en la línea de Lijphart: la polarización, tanto ideológica como afectiva, es mayor donde existen instituciones mayoritarias, que perjudican la representatividad (Gidron, Adams y Horne, 2019).

Como hemos visto en el apartado anterior, la mayor parte de estos factores explican el aumento de la polarización en España. En especial, las principales causas tienen que ver con cambios operados en el contexto (la crisis económica de 2008 y la actual, así como la crisis territorial generada por el llamado "conflicto catalán") y en el sistema de partidos (fin del bipartidismo, irrupción de nuevos partidos con posiciones más extremas, y aumento de volatilidad electoral).

V. LAS CONSECUENCIAS DE LA POLARIZACIÓN

En general, el término *polarización* tiene hoy una fuerte connotación negativa, asociándolo con conflicto, confrontación y parálisis. Pero no necesariamente tiene por qué ser así. Por ejemplo, en 1950 la Asociación Americana de Ciencia Política

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

expresaba con preocupación que la política norteamericana estaba insuficientemente polarizada. Y es que la existencia de diferencias ideológicas en un sistema de partidos es una expresión saludable del funcionamiento de una democracia, entre otras razones, porque permite a los ciudadanos conocer mejor las posiciones de los partidos en las diferentes políticas públicas y elegir aquella que mejor encaja con sus preferencias (Dalton, 2008), así como exigir responsabilidad a los gobiernos y los políticos por sus acciones (Coppedge, 2007). En otras palabras, la polarización en un sistema de partidos es una cuestión crítica en las decisiones de voto (Simón, 2020). Diversos estudios han evidenciado los beneficios de la polarización ideológica en aspectos concretos de la dinámica electoral. Así, se ha comprobado que contribuye a aumentar el compromiso político de los ciudadanos (Heltzel y Laurin, 2020), la participación electoral (Dalton, 2008) y el voto ideológico (Singer, 2016).

El aumento reciente de la polarización ideológica en algunos países ha llevado a muchos analistas a resaltar la otra cara de la moneda: las consecuencias perniciosas de la polarización. Pero aún más que el aumento del extremismo y las disparidades ideológicas, lo que preocupa hoy es la fuerte división de las sociedades en grupos e identidades políticas que se ven como oponentes y excluyentes entre sí (Heltzel y Laurin, 2020; Miller, 2021). Una elevada polarización suscita preocupación en la medida en que impide el establecimiento de acuerdos y compromisos entre los partidos, lo que comporta efectos negativos, especialmente para la gobernabilidad y la calidad de una democracia.

De los efectos negativos de la polarización sobre la gobernabilidad el más destacado es la parálisis institucional, esto es, la dificultad para sacar adelante políticas públicas debido a los problemas para construir coaliciones legislativas (Barreda y Ruiz, 2020). La política española de los últimos años arroja numerosas muestras de ello; entre otras, la imposibilidad de aprobar en el parlamento, durante varios años, los Presupuestos Generales del Estado, las grandes dificultades para renovar el decreto de estado de alarma a lo largo de la pandemia y el aún pendiente acuerdo entre los dos grandes partidos para renovar los miembros del poder judicial que corresponde designar al parlamento. Problemas similares de gobernabilidad también aparecen en otras arenas institucionales. Por ejemplo, McCarty (2007) ha evidenciado la incidencia negativa de la polarización en el funcionamiento de la administración pública y el poder judicial norteamericanos, debido a la política de nombramientos de los cargos de responsabilidad.

Asimismo, si las divisiones entre grupos políticos son tales que no se reconoce al otro como un interlocutor válido para desarrollar un debate sereno sobre problemas y políticas públicas se debilita seriamente la calidad de una democracia. Como mínimo, en dos sentidos. Por un lado, un contexto de aguda división contribuye a erosionar la representación democrática, en la medida en que los políticos tienen pocos incentivos a tomar decisiones que beneficien al conjunto de la ciudadanía. Más bien, tenderán a impulsar políticas y leyes orientadas a satisfacer a su propia "parroquia". Por otro lado, un contexto de fuerte polarización propicia que los políticos y los ciudadanos consientan algunas prácticas antidemocráticas. Así, un experimento reciente revela que, en muchos distritos electorales de Estados Unidos, ya fuesen de dominio demócrata o republicano, una mayoría de ciudadanos estaría dispuesta a apoyar candidatos con los que se identifican aún cuando éstos vulnerasen claramente algunos principios democráticos (como la imparcialidad electoral o las libertades civiles), si con ello se impedía que el adversario político ganase las elecciones (Finkel et al., 2020).

En España, afortunadamente, no se han alcanzado niveles tan elevados de polarización política, pero los datos de opinión pública apuntan ya que los votantes leales de los

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

partidos han comenzado a asumir que "todo vale" con tal de no ser derrotado ante el enemigo político, al que se le achaca la responsabilidad de todos los males del país (Torcal, 2020).

VI. CONCLUSIONES

Pocos términos del vocabulario político son hoy tan utilizados como el de polarización para describir la situación de muchas democracias. Sin embargo, a menudo se emplea este término de forma poco precisa y con sentidos muy diversos. Este trabajo ha pretendido arrojar algo de luz al respecto. En concreto, ha delimitado dos acepciones de la polarización utilizadas en la ciencia política: una de índole ideológica, sustentada en las diferencias ideológicas y programáticas de los partidos, y otra de naturaleza afectiva, basada en las diferencias respecto a los sentimientos que despiertan los partidos y los líderes políticos.

Aunque la evidencia empírica de que se dispone aún es limitada, indica un aumento considerable, en los últimos años, del nivel de polarización ideológica y afectiva en muchas sociedades, incluida la española. Las razones de este aumento son múltiples. Más allá de consideraciones singulares de los países, hay algunos factores presentes en la mayoría de los casos, que remiten especialmente a la influencia del contexto socioeconómico, el tipo de instituciones políticas existentes, las características del sistema de partidos, el papel de los medios de comunicación y redes sociales, y el grado de división entre los líderes políticos. De todas formas, los resultados sobre la incidencia de estos factores no son siempre coincidentes, lo que ha sido fuente de un interesante debate académico.

La presencia de un cierto grado de polarización ideológica es funcional para una democracia, en la medida en que permite articular la competencia en un sistema de partidos y orientar la decisión del voto. Sin embargo, cuando esta polarización alcanza cotas muy elevadas y, sobre todo, se ve acompañada de un fuerte alineamiento de la población en grupos e identidades políticas excluyentes entre sí, aparecen las señales de alarma. Una elevada polarización constituye una seria amenaza para la gobernabilidad y la calidad de una democracia, con efectos tan perniciosos como el bloqueo y la parálisis institucional, el debilitamiento de la representación política y la irrupción de prácticas antidemocráticas.

Como se ha visto, el grueso de la reflexión e información de que disponemos sobre la polarización procede de estudios norteamericanos. Necesitamos más datos y conocimiento académico sobre el alcance, origen y efectos de la polarización en otras democracias, particularmente la española. Ojalá que este trabajo sirva para animar futuras investigaciones en esa dirección.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

BIBLIOGRAFÍA

- BARREDA, Mikel; RUIZ, Leticia (2020): La polarización ideológica de los sistemas de partidos como variable relevante para la calidad de la democracia en América Latina, en Benito, Ana Belén y Ruiz, Leticia (Eds.), La dimensión ideológica en la competición partidista, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 23-45.
- COPPEDGE, Michael (2007): Continuity and Change in Latin American Party Systems, en: Taiwan Journal of Democracy, vol. 3, nº 2, pp. 119-149.
- DALTON, Russell (2008): The Quantity and Quality of Party Systems. Party System Polarization, Its Measurement and Consequences, en: Comparative Political Studies, vol. 41, nº 7, pp. 899-920.
- DOWNS, Anthony (1957): An Economic Theory of Democracy. Nueva York: Harper & Row.
- FINKEL, Eli J. (2020): Political sectarism in America, en: Science, vol. 370, nº 6516, pp. 533-536.
- GIDRON, Noam; ADAMS, James; HORNE, Will (2019): How Ideology, Economics and Institutions Shape Affective Polarization in Democratic Polities, en: https://ces.fas.harvard.edu/uploads/files/events/GAH-Affective-Polarization-in-Democratic-Polities.pdf (consulta: 12/04/2021).
- HELTZEL, Gordon; LAURIN, Kristin (2020): Polarization in America: two possible futures, en: Current Opinion in Behavioral Sciences, nº 34, pp. 179-184.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel (2018): How democracies die. Nueva York: Crown.
- LIJPHART, Arend (1989): Democracia en las sociedades plurales. Una investigación comparativa. Grupo Editor Latinoamericano: Buenos Aires.
- LIJPHART, Arend (1999): Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries. New Haven, CT: Yale University Press.
- McCARTY, Nolan, (2007): The Policy Effects of Political Polarization, en: Pierson, Paul y Skocpol, Theda (Eds.), The Transformation of American Politics: Activist Government and the Rise of Conservatism, Princeton: Princeton University Press, pp. 223-255.
- MILLER, Luis (2021): La polarización política en España: entre ideologías y sentimientos, en: PAPELES de relaciones ecosociales y cambio social, nº 152, pp. 13-22.
- MILLER, Luis; TORCAL, Mariano (2020): Veinticinco años de polarización afectiva en España, en The Conversation, https://theconversation.com/veinticinco-anos-de-polarizacion-afectiva-en-espana-149237 (Consulta: 12/04/2021).
- PEW RESEARCH CENTER (2014): Political Polarization in the American Public, en: https://www.pewresearch.org/politics/2014/06/12/political-polarization-in-the-american-public/ (Consulta: 12/04/2021).
- ROGOWSKI Jon C.; SUTHERLAND, Joseph L. (2015): How Ideology Fuels Affective Polarization, en: Political Behavior, vol. 38, nº 2, pp. 485–508.
- SANI, Giacomo; SARTORI, Giovanni (1983): Polarization, Fragmentation and Competition in Western Democracies, en: Daalder, Hans y Mair, Peter (Eds.), Western European Party Systems. Beverly Hills: Sage.
- SARTORI, Giovanni (2005): Parties and party systems, Colchester: ECPR Press.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- SIMÓN, Pablo (2020): The Multiple Spanish Elections of April and May 2019: The Impact of Territorial and Left-right Polarisation, en: South European Society and Politics, DOI: 10.1080/13608746.2020.1756612 (Consulta: 12/04/2021).
- SINGER, Mathew (2016): Elite Polarization and the Electoral Impact of Lef-Right Placements: Evidence from Latin America, 1995-2009, en: Latin American Resesarch Review, vol. 51, nº 2, pp. 174-194.
- TORCAL, Mariano (2020): "¡Enfrentados y enfados! Una realidad preocupante, en: Agenda Pública, https://agendapublica.es/enfrentados-y-enfadados-una-realidad-preocupante/ (Consulta: 12/04/2021). ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

LA DENOMINADA "DEMOCRACIA PARTICIPATIVA" COMO GÉNERO DISTINTO DE LA DEMOCRACIA DIRECTA Y DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

THE SO-CALLED "PARTICIPATORY DEMOCRACY" AS A DISTINCT GENRE AS DIRECT DEMOCRACY AND REPRESENTATIVE DEMOCRACY

por José Antonio Tardío Pato
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Miguel Hernández de Elche

Cómo citar este artículo / Citation:
Tardío Pato, José Antonio (2021):
La denominada "democracia participativa"
como género distinto de la democracia directa
y de la democracia representativa, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0110

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

El trabajo se centra en la búsqueda de los criterios delimitadores del Tribunal Constitucional español de la denominada "democracia participativa" como diferenciada de la directa y de la representativa y llega a la conclusión de que no existen criterios materiales totalmente generales, que sirvan para justificar todas y cada una de las figuras consideradas como propias de la democracia directa en contraposición a las pertenecientes a la democracia participativa, sino solo criterios específicos para algunas de estas figuras en concreto. Por ello, el único criterio verdaderamente seguro es *el reconocimiento por la jurisprudencia constitucional, de modo expreso, de su pertenencia a la democracia directa,* de tal manera que, en caso contrario, el mecanismo participativo pertenecerá a la llamada democracia representativa o a la participativa.

Palabras clave: democracia directa; democracia representativa; democracia participativa; participación ciudadana; referéndums.

ABSTRACT

The text focuses on the search for the delimiting criteria of the Spanish Constitutional Court of the so-called "participatory democracy" as differentiated from direct and representative democracy. The text concludes that there are no material criteria that serve to justify each figure considered as belonging to direct democracy as opposed to those belonging to participatory democracy. There are only material criteria that can be used for specific direct democracy mechanisms. For this reason, the only certain criterion is the recognition by constitutional jurisprudence of its belonging to direct democracy. Otherwise, the mechanism will belong to what is known as representative or participatory democracy.

Keywords: direct democracy; representative democracy; participatory democracy; citizen participation; referenda.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN SOBRE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA CALIFICADA COMO "DEMOCRACIA PARTICIPATIVA"

1. Si participar, en su primera acepción, significa "tomar parte en algo"[1], la participación política de los ciudadanos alude a que estos tomen parte en la toma de decisiones políticas o, al menos, en el proceso de su adopción.

Y, así, puede ser definida, *en su sentido más amplio*, como "la intervención de los ciudadanos, de una u otra forma, en el proceso de determinación de las decisiones colectivas" y conecta, de ese modo, con la esencia del Estado Democrático (Sánchez Morón 1989:178), englobando tanto la llamada "democracia representativa" como la denominada "democracia directa" y también la apelada "democracia participativa".

2. La participación en la "democracia representativa" es aquella que tiene lugar a través de representantes elegidos y se manifiesta en la elección por los ciudadanos de sus representantes en las Cortes Generales y en las Asambleas Legislativas autonómicas, pero, asimismo, en el ámbito estrictamente administrativo, en la elección de representantes en la Administración Local.

La directa se materializa en la toma de decisiones inmediata por los ciudadanos. Según veremos, el TC español la ha predicado de los *referenda* (plebiscitos); de la iniciativa legislativa popular; y de la adopción de acuerdos, en la Administración Local, en los municipios que tienen reconocido el sistema de concejos abiertos, en sustitución de los ayuntamientos.

Y la "democracia participativa" es acogida, como tercer género, respecto de la anteriores, por el TC español, por primera vez, en su Sentencia 119/1995, con alusión a la participación que se produce mediante ciertos trámites de información pública en los procedimientos de elaboración de reglamentos, planes urbanísticos y determinados actos administrativos. Si bien, en Sentencia posterior (STC 31/2015, FJ 4, párrafo 2), se han calificado, también, expresamente, como pertenecientes a este tercer género de democracia, *las consultas populares no referendarias*.

3. Esta última terminología ya fue utilizada por los autores angloamericanos (en inglés, *participatory democracy*), especialmente a partir de las décadas de los años sesenta y setenta del siglo XX, para exigir una intervención de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones políticas o administrativas, como crítica a la democracia representativa, por considerarla elitista, al reservar la intervención en esa toma de decisiones exclusivamente a los representantes políticos elegidos. Pero no se incide, como regla general, en la delimitación de la democracia representativa respecto de la denominada democracia directa[2].

1. Diccionario de la RAE, 23ª edición.

2. Se ha destacado que la *participatory democracy* posee un significado vago, que incluye una gran variedad de procesos y modelos normativos de diversa naturaleza y estructura, que se remontan a los Estados Unidos de los años sesenta y setenta del siglo XX. Se inspiró en los grandes movimientos juveniles de esa década, como la SDS [Students for a Democratic Society -Estudiantes por una sociedad democrática-] y en las organizaciones de la llamada Nueva Izquierda (the New Left), en las cuales el sintagma llegó a asociarse con bastante rapidez a la combinación de igualdad, consenso y asamblea cara a cara (A. Floridia, 2013, p. 4).

Es citada como una de las primeras obras sobre la democracia participativa la de Pateman, Carole, de 1970; autora que ha vuelto a referirse a este tipo de democracia en estudios posteriores (2012, p. 7 y ss). En su último trabajo citado, resalta que, aunque, desde la década de 1990, cobró auge la denominada democracia deliberativa (deliberative democracy), ella cree que la democracia participativa (participatory democracy) es diferente, porque, si bien, deliberación, discusión y debate son fundamentales para cualquier forma de democracia, incluyendo la democracia participativa, no es no suficiente, pues queda por precisar dónde va a tener lugar la deliberación y cuál es el objetivo de la misma. Y, por ello, destaca dos supuestos en los que los participantes llegan a una conclusión sobre la

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

También ha sido utilizada en Francia con la terminología equivalente (*démocratie participative*), aunque igualmente parece aludir a la idea de intervención de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones y de funcionamiento de los servicios, frente a la democracia meramente representativa, pero sin deslindarse claramente de la democracia directa. Pues, en la participativa, se alude a auténticos referéndums[3], que, como veremos, en España, se consideran incluidos en la democracia directa, pero no en la participativa.

La que parece que ha influido de modo más inmediato en nuestra jurisprudencia constitucional ha sido la construcción italiana de la *democrazia partecipativa*, que inició P.L. Zampetti[4] y cuyo desarrollo por A. Pizzorusso es el que, con toda claridad, se muestra más influyente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

---

cuestión respecto de la cual han deliberado y preparan un informe y recomendaciones: los jurados de ciudadanos (citizen's juries) y las asambeas de ciudadanos (citizen's assemblies). Y el otro mecanismo en el que se fija es en los presupuestos participativos (participatory budgetings).

Otra obra de referencia fue el libro de Cook, Terrence E. y Morgan, Patrick M., de 1971, titulado precisamente "Participatory democracy". En un epígrafe dedicado a definirla nos dice que, en resumidas cuentas, con tal sintagma se quiere aludir a "aquellas estructuras de toma de decisiones que se adhieren a las normas procesales democráticas básicas, como la igualdad y el gobierno de la mayoría, pero tienden a extender la igualdad mediante algún tipo de toma de decisiones de autoridad, desde su raíz". Y tiene la connotación de "descentralización del poder para la participación directa de los no profesionales de la política en la toma de decisiones de autoridad" (p. 4). Después destacan dos divisiones de la democracia participativa. Una primera división basada en el grado de autonomía, distinguiendo entre estructuras de democracia participativa que ejercen co-determinación, es decir, en las que la toma de decisión se realiza conjuntamente por agentes públicos electos, expertos y no profesionales (con ejemplo en los comités de estudiantes universitarios) y las que actúan con auto-determinación, en las que, como mínimo, existen esferas de poder reservadas a no profesionales de la política (con ejemplo en los cantones suizos que todavía retienen democracia directa -ps. 4-5-). Y otra división, basada en las funciones que ejercen las unidades de democracia directa, diferencia los casos en los que las unidades de democracia participativa tienen autoridad tanto para elaborar normas como para aplicarlas, de los casos en los que únicamente poseen autoridad para aplicar las normas de origen exterior a las mismas (p. 5).

Otro trabajo que aborda un poco más tarde el concepto es el de Wolfe, Joel D. (1985), que dice que lo que propone la teoría de la "democracia participativa", ya desarrollada en la obra de JJ. Rousseau, J. S. Mill y G. D. H. Cole, es que "la participación produce un control popular del orden del día de la agenda política, de la toma de decisiones y de la implementación de las decisiones adoptadas" (p. 371).

3. Chevallier, Jacques (2011, ps. 224-225). Destaca este autor, una serie de nuevas manifestaciones de la democracia participativa en Francia, que amplían las antiguas prácticas participativas en la Administración. Se refiere, entre otras, a la extensión del ámbito del referéndum llevada a cabo por la Ley Constitucional de 4 de agosto de 1995, que amplió el alcance del previsto en el artículo 11 de la Constitución a los proyectos de ley relativos, no sólo a la organización de los poderes públicos, sino también a las "reformas concernientes a la política económica o social de la Nación y a los servicios públicos que contribuyen a ella" y la revisión constitucional de 2008, que introdujo la posibilidad de un referéndum por iniciativa popular, pero estrictamente supervisado (iniciativa de una quinta parte de los parlamentarios apoyada por una décima parte de los votantes registrados). Por otro lado, alude a las prácticas de consulta directa a los habitantes, que se habían desarrollado al margen de la legalidad por iniciativa de los elegidos en el ámbito local, que fueron primero legalizadas por la Ley del 6 de febrero de 1992 y, después, por la Ley de reforma constitucional de 28 de marzo de 2003. Asimismo, destaca que, en los últimos años ha habido un aumento de las consultas, por vía informática, en línea, especialmente sobre borradores de textos normativos importantes, en sustitución de fórmulas de consulta tradicionales efectuadas mediante comités *ad hoc*; lo que ha mejorado la participación, por tratarse de procedimientos de consulta más flexibles e informales, que tienden a ampliar el círculo de actores. Igualmente, menciona mecanismos de intervención en la elaboración y aprobación de los presupuestos (enveloppes budgétaires de quartier). Y, finalmente, cita la reforma constitucional del 28 de marzo de 2003, que reconoció a los vecinos un "derecho de petición" para obtener la inclusión, en la agenda de la asamblea deliberativa de su comunidad, de un tema de su competencia.

4. Parte P.L. Zampetti de la idea de que existen claros indicios del "lento agotamiento del fenómeno de la delegación de poderes del pueblo a los representantes, que conduce, más o menos rápidamente, a la apatía política, mientras que se fortalece el proceso participativo, que debe conducir a un nuevo concepto de democracia, la democracia participativa". Y que junto al ejercicio del derecho de voto debe existir una participación sectorial del poder de las personas incluidas en los grupos (1973, p. 1483). Esta última es una "participación sectorial no total" (1973, p. 1482).

Destaca que, en la democracia representativa, el ejercicio del poder se delega en los representantes y que el individuo actúa *uti singulus*, como titular de los derechos personales y como ciudadano, mientras que, en la democracia participativa, el ejercicio del poder se deja a sus titulares, al individuo *uti socius*, como titular de derechos sociales, que actúa como sujeto privado (1969-1973, ps. 192-193). Y resalta que esta nueva estructura política "está incluida en la segunda parte del art. 3 de la Constitución (italiana), que habla precisamente de participación efectiva de todos los agentes en la organización política, económica y social del País" (1969-1973, p. 190).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Subraya A. Pizzorusso que la democracia participativa tiene su base en el principio fundamental del art. 3 de la Constitución italiana y determina una forma de Estado, más que una forma de gobierno (Pizzorusso, 1975:345), un tercer tipo de democracia (Pizzorusso, 1982:518). E invoca que la participación del pueblo en sentido amplio se da tanto en la democracia representativa como en la directa y como en la participativa, pero que ello no excluye que, con fines clasificatorios, se puedan introducir distinciones (Pizzorusso, 1975:343).

Un criterio diferenciador que esgrime consiste en que, a diferencia de en los otros dos tipos de democracia, en la democracia participativa, *el pueblo no actúa como cuerpo electoral* sino como ciudadanos que operan a título individual *uti singuli* o en grupos o como representantes de formaciones sociales (Pizzorusso, 1975:343)[5].

Y otro criterio que destaca se centra en que, en la democracia directa, el pueblo decide[6] en lugar de los órganos representativos, mientras que, en la democracia participativa, *el pueblo se limita a participar en un procedimiento* (Pizzorusso, 1975:343)[7]. Y esto lo matiza diciendo que, en la democracia directa, las decisiones del pueblo son inmediatamente operativas, pero que, sin embargo, en la democracia participativa, el pueblo actúa, a título individual o como representante de formaciones sociales*, con el fin de influir en la gestión de los poderes públicos, pero sin que ello se traduzca directamente en actos jurídicos en los que concluya un procedimiento*. Se trata de *manifestaciones de opinión y no tiene un efecto determinante sobre las decisiones que deben ser tomadas* (Pizzorusso, 1982:517-518)[8].

Como también resalta que los mecanismos de democracia directa tienen carácter excepcional (Pizzorusso, 1982:512). Y califica como institutos de democracia directa determinadas asambleas; el plebiscito o alguna forma de referéndum (Pizzorusso, 1975:343) y la iniciativa popular en determinados aspectos, porque comporta la obligación de su toma en consideración por el Parlamento (Pizzorusso, 1975:343)[9] y tiende a suplir la iniciativa gubernamental (Pizzorusso, 1975:343)[10].

Mientras que, en contraposición a lo anterior, menciona, como institutos de democracia participativa, la iniciativa popular desde la perspectiva de que no conlleva su aprobación necesaria (Pizzorusso, 1975:343)[11]; el derecho de petición, porque no implica una toma en consideración, sin perjuicio de que obligue a un examen de su contenido y a una decisión o acuerdo, aunque sea de archivo o de transmisión a otra autoridad[12]; o el referéndum consultivo, por no considerarse como instrumento de

5. nota al pie 15, último inciso.

6. La terminología que utiliza es "il popolo delibera", pero hay que tener en cuenta que, en italiano "deliberare" no tiene el mismo significado que en español, pues no implica tanto debatir, como en nuestro idioma (para el cual existen en italiano los términos "discutere" y "decissione"), sino decidir por un grupo u órgano colegiado, en un plano más normativo que ejecutivo, pues, para las decisiones de órganos unipersonales y de carácter ejecutivo, el término más empleado es "determinazione".

7. nota al pie 15, segundo inciso.

8. Aspecto en el que han hecho hincapié autores italianos más actuales, como N. Vizioli (2014, p. 189), que subraya que lo característico de la democracia participativa en Italia es que, aunque se atribuye la decisión final a los representantes, se permite, sin embargo, *la intervención de los destinatarios de la decisión en el proceso decisorio, con carácter colaborador; a diferencia de la democracia directa en la que la decisión final está reservada a los electores.*

9. notas al pie 19 y 20

10. nota al pie 19

11. en texto principal, en contraposición a lo indicado en notas 19 y 20

12. nota al pie 20).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

decisión, sino de mera participación en procedimientos llevados a cabo por organismos estatales u otros organismos públicos (Pizzorusso, 1975:343)[13].

II. LOS CRITERIOS DELIMITADORES DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA RESPECTO DE LA DEMOCRACIA DIRECTA UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

1. Los criterios ofrecidos en las Sentencias relativas a los *trámites de información pública, en los procedimientos de elaboración de reglamentos, planes urbanísticos y determinados actos administrativos.*

Un primer grupo de criterios ofrecidos por la jurisprudencia constitucional para deslindar la democracia directa de la democracia participativa es el ofrecido en las Sentencias relativas a los *trámites de información pública en los procedimientos de elaboración de reglamentos, planes urbanísticos y determinados actos administrativos.*

A) Precisamente, la STC 119/1995, que, como hemos ya indicado, es la primera en España que invoca la democracia participativa como tercer tipo de democracia, la refiere a este tipo de trámites, que, hasta entonces, habían venido siendo considerados por la doctrina científica española, como participación política directa[14].

Lo que se había cuestionado ante el Tribunal Constitucional, en la primera Sentencia, era si la vulneración de tal participación ciudadana llevaba consigo una lesión del derecho fundamental del art. 23.1 de la Constitución, susceptible de amparo constitucional.

El TC lo niega indicando que dicha participación "*no es tanto una manifestación del ejercicio de la soberanía popular cuanto* uno de los *cauces* de los que en un Estado social deben disponer *los ciudadanos -bien individualmente, bien a través de asociaciones u otro tipo de entidades* especialmente aptas *para la defensa de los denominados intereses «difusos»*- para que su voz pueda ser oída en la adopción de las decisiones que les afectan"[15].

Afirma que "no supone, en todo caso, una participación política en sentido estricto, sino una participación -en modo alguno desdeñable- en la actuación administrativa, de carácter *funcional o procedimental*, que garantiza tanto la corrección del procedimiento cuanto los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos" [16].

13. en texto principal

14. Así, F. De Carreras Serra (2001, p. 187). Y, en la misma línea, se sitúa R. García Macho, que destaca que "el ciudadano busca cauces de participación directa, ante las insuficiencias de la democracia representativa, para influir en las decisiones que toman los poderes públicos y el Estado y, en especial, la Administración, nuevas formas de ejercicio del poder más eficientes en colaboración con personas privadas" (2011, p. 179). Porque –subraya- la participación directa a la que alude el art. 23.1 CE. no se limita a la democracia plebiscitaria o a la iniciativa legislativa popular (p. 180).

15. FJ 6, párrafo 2. Sobre tal declaración ha dicho R. García Macho que "seguramente no puede deducirse del artículo 23.1 un derecho fundamental a un sistema de democracia participativa, como de forma reiterada dice la sentencia 119/1995, pero eso no excluye que ese tipo de democracia esté acogida en ese artículo 23.1 como derecho de configuración legal, dado que ese precepto en los términos que se encuentra redactado incluye ese modelo de democracia. Una cosa es que la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos sea *complementaria* de la democracia representativa y otra muy diferente es su consideración como *secundaria,* y *excluida por tanto del artículo 23.1,* tal como mantiene el Tribunal Constitucional. Con esta tesis el Tribunal no reconoce la existencia de cauces de participación de la sociedad civil en la legitimación democrática de los poderes públicos, es decir acepta la existencia de una democracia jerárquica, en la que el principio democrático juega un papel secundario, pero en ningún caso un sistema de democracia abierta" (2011, p. 182).

16. FJ 6, párrafo 2.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Y finaliza destacando que "es cierto que a través del trámite de información pública se dota de cierta legitimación popular al Plan aprobado -aunque tampoco puede olvidarse que en el presente caso la legitimidad democrática le viene dada por haber sido aprobado por un Ayuntamiento elegido democráticamente-; pero, su finalidad no es realizar un llamamiento al electorado para que ratifique una decisión previamente, adoptada (ni para que determine el sentido de la que haya de adoptarse), sino, más bien, *instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración* y puedan favorecer así el acierto y oportunidad de la medida que se vaya a adoptar, así como establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos de los potencialmente afectados. Se trata de un llamamiento a las personas o colectivos interesados al objeto de que puedan intervenir en el procedimiento de adopción de acuerdos. Evidentemente este último dato no quita relevancia a estas formas de participación que, por otra parte, se han visto reforzadas por el mandato contenido en el artículo 9.2 CE" [17].

B) De esta recepción por el TC español de la denominada "democracia participativa", lógicamente, se ha hecho eco la doctrina española[18], pero no siempre de modo acrítico, pues un sector ha mantenido, de contrario, que, en la elaboración de los planes urbanísticos, tal intervención de los ciudadanos, a través del trámite de información pública, otorga auténtica legitimidad democrática de democracia directa, que, sin lugar a dudas, tiene una estrecha relación con el artículo 23.1 CE. Y añade que no se entiende bien la razón para que no se encuentre relación entre la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) y la participación de aquéllos en el trámite de información pública, *pues a través de dicho trámite opera una participación efectiva de los ciudadanos y no solamente de los propietarios y ese trámite tiene un reflejo efectivo en el contenido final del Plan General aprobado por el Pleno del Ayuntamiento*, después de la necesaria ponderación entre los diversos intereses en juego; lo que supone que se trata de una participación política, deducible del artículo 23.1 CE (García Macho 2011:182).

C) Hasta el momento de la STC 119/1995, dentro de la denominada participación administrativa, se venían reconociendo tres modalidades de participación administrativa, de la que la participación funcional solo era una de ellas[19].

a) La participación *orgánica,* que es la que se lleva a cabo, o bien a través de la participación *en corporaciones públicas* (en la Administración local y en la denominada Administración corporativa no territorial, en las corporaciones públicas sectoriales de base privada), o bien *en la Administración organizada sobre el modelo burocrático* (así la llevada a cabo mediante la intervención en asociaciones de padres de alumnos o la participación estudiantil en los órganos universitarios [...]).

b) La participación *cooperativa,* que se efectúa mediante *actuaciones particulares incentivadas por la Administración a través de la denominada actividad de fomento*

17. FJ 6, párrafo 3.

18. Sin ánimo de exhaustividad y excusándome de antemano por si omito a alguien, cabe citar los trabajos de Castellà Andreu, J.Mª (2001, in totum; 2013, p. 202 y ss., especialmente 205 y ss.); Montiel Márquez, Antonio (2006, p. 124 y ss.); Colino, Cesar; Del Pino, Eloísa (2008, p. 248 y ss.); Martín Nuñez, Esther (2008, p. 2 y ss.); S. Fernández Ramos (2009, epígrafe 2.1.1; 2019); Castel Gayán, Sergio (2010, p. 184 y ss.; 2011, p. 280 y ss.; 2014, p. 849 y ss.); Criado De Diego, Marcos (2012, en especial p. 96 y ss. y 108 y ss.); Tur Ausina, Rosario (2012, p. 140; 2013, en especial p. 229); Pérez Alberdi, Mª Reyes (2014, p. 167 y ss.; 2017, p. 1061 y ss.); Presno Linera, Miguel Angel (2016, p. 204) Ruiz Rico, Catalina (2017, p. 81, entre otras); García Pérez, Marta (2018, p. 370); S. Fernández Ramos y J.Mª. Pérez Monguió (2019, capítulo III); y Sierra Rodríguez, Javier (2019, p. 27; 2021, en prensa, p. 317).

19. Puede verse en la exposición de E. García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández, que ha venido reproduciendo esa triada de formas de participación administrativa hasta la actualidad (2020, p. 105 y ss.).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

o mediante *organizaciones privadas de interés general* (como las fundaciones) *o de utilidad pública* (como las asociaciones de utilidad pública).

c) Y la participación *funcional*, que es la que tiene lugar a través de *informaciones públicas*; *denuncias de diversos tipos*; el ejercicio de *acciones populares*; y la formulación de *propuestas y peticiones*. Pero también es la que se realiza a través de los *distintos trámites en los que se formulan alegaciones por los interesados, incluido el trámite de audiencia en sentido estricto*. Además, en el ámbito urbanístico, se manifiesta a través de la posibilidad de intervención de los ciudadanos en general en los trámites de información pública previstos en los procedimientos de la elaboración y aprobación de los planes urbanísticos y a través de la *admisión de planeamiento urbanístico de iniciativa privada (*Tolivar Alas 2010:966).

Si bien, parece claro que, en función de lo que hemos resaltado atrás, en realidad, en el caso de la participación en las corporaciones públicas locales, estamos más ante una manifestación de las técnicas de democracia representativa que de la directa o de la participativa.

D) Por otro lado, la limitación por la STC 119/1995 de la participación propia de la denominada "democracia participativa" al ámbito de las normas, planes y actos administrativos, no parece muy clara, pues deja fuera supuestos que podríamos considerar como semejantes, aunque no tuvieran naturaleza estrictamente administrativa, como serían, por ejemplo, iniciativas ciudadanas que presentan al Gobierno de la Nación o al respectivo Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas propuestas de normas con rango de Ley para que sean adoptadas como anteproyectos de Ley, si el Gobierno de turno ha resultado convencido de ello por tales iniciativas, sin carácter vinculante.

Pues este último supuesto puede considerarse distinto de la iniciativa legislativa prevista en el art. 87.3 de la Constitución, que sí está considerada como manifestación de participación de democracia directa y tiene carácter vinculante, no tanto en la necesidad de ser aprobado su texto, sino en la necesidad de que, si cumple los requisitos constitucionales y de las normas con rango de Ley estatales (en este caso, rango de Ley Orgánica) o autonómicas, su texto tiene que ser tramitado como proposición de Ley.

Y dicho caso de iniciativas normativas populares no vinculantes sobre normas con rango de Ley distintas de la iniciativa legislativa en sentido propio están previstas -por poner algún ejemplo-, expresamente, en el art. 30.2. letra b, de la Ley 12/2014, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y, también, en el art. 44.1, letra b, de la Ley Valenciana 2/2015, que añade, en su art. 44.2, la previsión de que "reglamentariamente se establecerán mecanismos para fomentar y articular la participación ciudadana en la elaboración de los presupuestos de la Generalitat".

Como tampoco queda clara la integración en este tercer género de participación y de democracia de otros mecanismos previstos en los textos normativos autonómicos y de los entes locales (encuestas, foros de debate, etc.), que no son estrictamente trámites de información pública como los mencionados en la STC 119/1995.

E) En la STC 28/2017[20], el TC ha tenido ocasión de volverse a pronunciar sobre la participación propia de la "democracia participativa", en un supuesto relacionado con trámites de información pública en el planeamiento urbanístico (en el que se planteaba

20. STC 28/2017, FJ 6, párrafo 6.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

por un órgano judicial la inconstitucionalidad de una Ley autonómica por no abrir un trámite de información pública si se introducían modificaciones sustanciales en el plan urbanístico en cuestión).

Esta vez, ha destacado que *la participación de referencia, aunque con encaje constitucional, es de configuración legal* ("tiene la configuración que el legislador crea oportuno darle para determinar cómo ha de satisfacerse tal garantía"[21]; *de modo que "el legislador autonómico puede, a partir de la formulación de esa regla de participación por el estatal, optar por varios modelos posibles*, pues tampoco el art. 105.a CE determina cómo ha de satisfacerse tal garantía, ni cual sea la Administración que haya de asegurarla" –con cita, en este punto, de la STC 61/1997, FJ 25.c-). Aunque debe el legislador respetar, a la hora de regular el correspondiente trámite de información pública, el doble objetivo exigido en esencia por el principio de participación pública: a) *que los ciudadanos puedan conocer el contenido del plan de que se trate*; y b) que *puedan formular las alegaciones que estimen convenientes*, a fin de que el poder público tenga ante sí las alegaciones de los ciudadanos en el momento de tomar la decisión.

Y ha matizado que "*lo decisivo es que la Administración decida con plena libertad, pero a la luz de las alegaciones de los ciudadanos*"[22].

Por lo tanto, este tercer género de democracia y de participación se caracteriza porque el colectivo de la ciudadanía que interviene *tiene que poder obtener adecuadamente el conocimiento* de aquello sobre lo que se tiene que pronunciar y, después, *poder emitir alegaciones sobre ello*; si bien *lo expresado por la ciudadanía no es vinculante* para la Administración.

2. Los criterios derivados de la jurisprudencia sobre las *iniciativas legislativas populares*.

Un segundo grupo de manifestaciones de la jurisprudencia constitucional a tener en cuenta para la distinción de la democracia participativa respecto de la democracia directa y la finalidad de perfilar mejor la participativa son las que se derivan de la jurisprudencia sobre las *iniciativas legislativas populares*.

En la STC 76/1994, destaca el TC que, en tal caso, el precepto que puede ser aquí tomado como *criterio de enjuiciamiento es el art. 23.1 CE* (FJ 2, párrafo 2), y que el control asignado al efecto, a la Mesa de la Cámara, que se traduce en la admisión a trámite o no de la iniciativa, opera, *en función de un canon estrictamente normativo, no político o de oportunidad*, de modo que *una decisión de inadmisión que no se ajuste a las causas legales establecidas al efecto entrañaría una vulneración del derecho fundamental* consagrado en el citado art. 23.1 CE (FJ 2, párrafo 3).

Y, por otro lado, para justificar que la propia Constitución haya restringido el alcance y condiciones de ejercicio de la iniciativa legislativa popular sobre determinadas materias (o sea que existan materias sobre las que no puede incidir), invoca que *la misma proclama en su art. 1.3 como forma de gobierno o forma política del Estado español un régimen parlamentario,* o sea de democracia representativa, que actúa como regla general -apostillamos nosotros-.

21. Con invocación, en este punto, del ATC 63/2016, FJ 3.

22. STC 28/2017, FJ 6, párrafo 7, líneas 12 y 13.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En la STC 19/2015, vuelve a insistir en que la Constitución, en su art. 1.3, diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que *priman los mecanismos de democracia representativa* (FJ 2, letra a) y que "una decisión de inadmisión que no se ajustase a las causas legales al efecto establecidas entrañaría una vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 23.1 CE" (FJ 2, letra d), pues el órgano parlamentario de control de admisión solo puede ejercer un *control estrictamente normativo y no de oportunidad y respetando la dimensión material del deber de motivación* cuando de la aplicación de las normas pueda resultar una limitación al ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 23 CE (FJ 2, letra e, con cita de la STC 40/2003, FJ 6).

Y, además, subraya que su sentido es "*forzar el debate político y obligar a que los distintos Grupos de la Cámara y esta misma tengan que tomar expresa posición sobre un asunto o tema determinado*" (con cita de la STC 40/2003, FJ 7) y que "con independencia, por tanto, de que la propuesta prospere ante el Pleno, la función principal de este cauce de participación se habrá conseguido haciendo posible *que los ciudadanos puedan conocer 'lo que sus representantes piensan sobre una determinada materia*, así como sobre la oportunidad o no de su regulación legal, *y extraer sus propias conclusiones acerca de cómo aquéllos asumen o se separan de lo manifestado en sus respectivos programas electorales*'" (FJ 2, letra d, con cita de la STC 124/1995, FJ 3).

En la STC 31/2015, *se califica expresamente la iniciativa legislativa popular como instrumento de democracia directa*, junto a las distintas modalidades de referéndum y junto al régimen de concejo abierto (FJ 3, párrafo final). Pero, antes, subraya que esa participación directa de los ciudadanos opera en "aquellos supuestos en los que la toma de decisiones políticas se realiza mediante un *llamamiento directo al titular de la soberanía*" (con cita de la STC 119/1995, FJ 3) y que "aun si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa, *los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales* en un régimen de Democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que priman los mecanismos de Democracia representativa sobre los de participación directa" (FJ 3, párrafo 5, con cita de las SSTC 76/1994, FJ 3, y 119/1995, FJ 3),

Y, en la STC 213/2016, se vuelve a invocar que *es un instrumento de democracia directa protegido por el art. 23.1 CE*, a pesar de ser un derecho de configuración legal (FJ 3, párrafo 4). Y se precisa que "si bien la materia y el objeto del procedimiento lo delimita el autor de la iniciativa legislativa, ello no obsta a que a través del ejercicio del derecho de enmienda los representantes de los ciudadanos puedan incidir en el texto de la iniciativa, *rechazándolo* (*enmienda de totalidad con devolución del texto*), *alterándolo (enmienda de totalidad con proposición de texto alternativo*) o *modificándolo (enmiendas parciales de modificación, supresión o adición*) (FJ 4, párrafo 3, con cita de STC 136/2011, FJ 6)". A lo que añade que "el principio democrático consagrado por nuestra Constitución (art. 1.1 CE) impone que la formación de la voluntad se articule a través de un procedimiento en el que opera el principio mayoritario y, por tanto, la consecución de una determinada mayoría como fórmula para la integración de voluntades concurrentes" (FJ 4, párrafo 3, con cita de otras SSTC anteriores).

3. Los criterios manifestados en la jurisprudencia constitucional sobre los referéndums y su distinción con las consultas no referendarias.

Un tercer grupo de manifestaciones realizadas por el TC, es el que se ha producido en la jurisprudencia constitucional sobre los referéndums y su distinción con las consultas no referendarias (SSTC 119/1995; 103/2008; 31/2010; y STC 31/2015).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Lo primero que se afirma es que *todas las consultas populares previstas en la Constitución* (arts. 92, 149.1.32, 151.1, 152.2, 167.3 y 168.3), es decir *todas las modalidades de referéndum,* constituyen *participación directa cubierta por el art. 23.2 CE* y "tradicionalmente *se vienen considerando como formas de democracia directa*, es decir [...] *supuestos en los que la toma de decisiones políticas se realiza mediante un llamamiento directo al titular de la soberanía*". Como también hay que encuadrar dentro de la democracia directa "el denominado régimen de *concejo abierto* al que se refiere el art. 140 C.E. y, asimismo, [...] *la iniciativa legislativa popular* que establece el art. 87.3 C.E. (STC 76/1994 y AATC 570/1989 y 140/1992). Y aun si se admitiera que la Ley puede ampliar *los casos de participación directa*, los supuestos *habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución*, en el que 'priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa' (STC 76/1994, FJ 3)"[23].

"*Fuera del art. 23 C.E. quedan cualesquiera otros títulos de participación que [...] puedan crearse en el ordenamiento* (ATC 942/1985), pues no todo derecho de participación es un derecho fundamental (SSTC 212/1993 y 80/1994). *Para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse como una concreta manifestación del art. 23 C.E. es necesario que se trate [...] de una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo*, lo que permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, *quedando fuera otros títulos participativos que derivan, bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien, finalmente, de su reconocimiento legislativo"*[24].

En segundo lugar, se precisa con rotundidad (así lo hace la STC 103/2008) que *el referéndum* (o sea todas las modalidades de referéndum previstas en la Constitución) es "*una forma de democracia directa y no una mera manifestación "del fenómeno participativo* [...]" y "una especie del género 'consulta popular' con la que *no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino* aquella consulta *cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo*: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) *conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas*, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 [...]. Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica "por vía de referéndum" (art. 149.1.32 CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, *de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral*, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, *estaremos ante una consulta referendaria*"[25].

Por el contrario, "*las consultas no referendarias* (subraya la STC 31/2015) recaban, en cambio, *la opinión de cualquier colectivo* (STC 31/2010 [...] FJ 69), por lo que

23. STC 119/1995, FJ 3.

24. STC 119/1995, FJ 3.

25. STC 103/2008, FJ 2. El último párrafo reproducido en la STC 31/2015, FJ 5, párrafo 6.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

articulan "voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, *no imputables al cuerpo electoral*" (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2). Se participa *no en cuanto ciudadano (uti cives) como en los referéndums, sino a título individual (uti singulus) o como miembro de un colectivo, sea social, económico, cultural o de otra índole (uti socius)*" [26].

Así, se ha afirmado expresamente que *las encuestas, audiencias públicas y foros de participación* a los que se refiere el art. 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (bajo la rúbrica "consultas populares") *son manifestaciones de consultas populares no referendarias* (STC 31/2010)[27].

A lo que se añade que dichas consultas populares "*no son expresiones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 CE*, sino que obedecen a una ratio bien distinta. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en la democracia directa, *incardinándose más bien en un tertium genus que se ha denominado democracia participativa*" (STC 31/2015)[28].

Y, habida cuenta de que la propia Constitución contempla referéndums consultivos, en el art. 92.1, para la adopción de decisiones políticas de especial transcendencia, nuestra jurisprudencia constitucional ha resaltado que *"[l]a circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante*, pues es obvio que el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter vinculante de su resultado" [29].

En conclusión, en el caso específico de las consultas populares, el criterio determinante para considerarlo como mecanismo de "democracia directa" y no como manifestación de mera "democracia participativa" no es su carácter vinculante o no, sino *si quien es convocado a pronunciarse es el correspondiente cuerpo electoral o no, al que se imputa la voluntad general de la correspondiente comunidad política* que se expresaría entonces en genuina manifestación del derecho fundamental de participación política reconocido en el art. 23.1 CE, de la que no lo son las consultas no referendarias.

4. Los criterios recogidos en la jurisprudencia constitucional sobre los concejos abiertos.

En relación con esta figura, la STC 210/2014 la califica como "una aproximación a un sistema de democracia participativa directa" FJ 3, párrafo 6) y, ya hemos visto, que la posterior STC 31/2015 *la reconoce expresamente como instrumento de democracia directa*, con más rotundidad (FJ 3, párrafo final).

A su vez, la STC 210/2014 destaca que es una "modalidad de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, con *estrecha vinculación, por tanto, al derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE*" (FJ 3, párrafo 7, que cita aquí la STC 119/1995, FJ 3).

Pero, además, invoca, para la declaración de inconstitucionalidad del precepto de la Ley autonómica de referencia, que este "no respeta las líneas mínimas del procedimiento descrito, para idénticos supuestos, en la ley básica estatal, que pretenden

26. STC 31/2015, FJ 5, párrafo 12.

27. STC 31/2010, FJ 69, párrafo 3, con invocación de la STC 103/2008, FJ 2.

28. STC 31/2015, FJ 4, párrafo 2.

29. STC 103/2008, FJ 3, párrafo 1. STC 31/2015, FJ 5, párrafo 7.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

garantizar la intervención de los vecinos en el procedimiento y la existencia de una amplia opinión favorable al acceso a esta forma de gobierno local dentro del ayuntamiento o la junta vecinal. La previsión autonómica no garantiza la iniciativa vecinal en la toma de esta decisión y, además, rebaja la mayoría requerida para adoptarla en el pleno del ayuntamiento o la junta vecinal" (FJ 6, párrafo 8).

5. Las manifestaciones de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de petición del art. 29 CE.

Antes de nada, hay que recordar que el derecho fundamental de petición posee una regulación propia en el citado art. 29 CE, que lo incluye dentro de los derechos constitucionales protegidos no solo en vía judicial ordinaria, sino incluso mediante el recurso de amparo (art. 53.2 CE), de modo que su protección por esta vía no depende de su reconducción al art. 23.1 CE, sin perjuicio de que, como veremos, acto seguido, se ha destacado su carácter de mecanismo de participación ciudadana.

La STC 242/1993 matiza que "excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido, incluso mediante la acción popular en el proceso penal o la acción pública en el contencioso-contable o en el ámbito del urbanismo. La petición en el sentido estricto que aquí interesa no es una reclamación en la vía administrativa, ni una demanda o un recurso en la judicial, como tampoco una denuncia, en la acepción de la palabra ofrecida por la Ley de Enjuiciamiento criminal o las reguladoras de la potestad sancionadora de la Administración en sus diversos sectores".

Pero hecha tal matización, precisa que, además de "algo del ejercicio de la libertad de expresión como posibilidad de opinar", "tiene un mucho de *instrumento para la participación ciudadana*, aun cuando lo sea por vía de sugerencia", que "*puede incorporar una sugerencia o una información, una iniciativa, 'expresando súplicas o quejas'*, pero en cualquier caso *ha de referirse a decisiones discrecionales o graciables* (FJ 1, párrafo 2, que cita la STC 161/1988).

Y, además, añade que "el contenido de este derecho [...] *incluye la exigencia de que el escrito al cual se incorpore la petición sea admitido, se le dé el curso debido o se reexpida al órgano competente* si no lo fuera el receptor *y se tome en consideración*". Y añade que, "desde la perspectiva del destinatario, se configuran dos obligaciones, una al principio, *exteriorizar el hecho de la recepción* y otra al final, *comunicar al interesado la resolución que se adopte* [...], sin que ello 'incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado'" (FJ 2, párrafo 2, que cita la STC 161/1988 y el ATC 749/1985).

En igual sentido, se ha pronunciado, más tarde, la STC 108/2011, que, como la anterior, ha estimado el recurso de amparo, porque la petición no había sido tramitada conforme a lo indicado.

III. CONCLUSIONES

Habida cuenta de que, hasta ahora la jurisprudencia constitucional solo ha declarado expresamente que son instrumentos de democracia directa los concejos abiertos, la iniciativa legislativa popular y los referéndums incluidos los consultivos, tras el análisis anterior podemos llegar a las siguientes conclusiones.

1. Un criterio relevante es el carácter no vinculante de lo expresado por la ciudadanía en sus intervenciones participativas, en el caso de la denominada democracia

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

participativa, en el que dichas intervenciones actúan como mera fuente de información del sentir popular, según ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional sobre las informaciones públicas en procedimientos de elaboración de reglamentos, planes urbanísticos y determinados actos administrativos.

Desde luego, sirve para marcar su diferencia con la democracia directa en el caso de los mecanismos de los concejos abiertos, en los cuales es totalmente vinculante lo decidido por la ciudadanía articulada como concejo abierto en los municipios donde opera tal régimen. Téngase en cuenta que el art. 29.4 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, dice que, si los alcaldes de menos de 100 residentes convocan a concejo abierto, los mismos deberán someterse al criterio de la Asamblea vecinal.

También vale para distinguirse de la democracia directa, en el caso de los referéndums no consultivos, en los que lo expresado por la ciudadanía es igualmente imperativo, pero no sirve para el caso de los referéndums meramente consultivos, donde lo manifestado por la ciudadanía no tiene carácter imperativo, a pesar de considerarse expresamente como dispositivo de democracia directa, en la jurisprudencia constitucional. Luego, esto hace que la vinculación o no de lo emitido por la ciudadanía no sea totalmente determinante de la contraposición entre democracia directa y democracia participativa[30].

Y, en el supuesto de la iniciativa legislativa popular, el carácter vinculante es solo parcial, pues únicamente opera en el sentido de la obligatoriedad de que la iniciativa legislativa popular sea tramitada como proposición de ley, si la misma cumple los requisitos del art. 87 de la Constitución y los legales establecidos por la Ley Orgánica 4/1983 y por las leyes autonómicas, en su ámbito propio, pero no en cuanto al resultado final. Pues, este puede ser que la ley no sea aprobada finalmente por las cámaras legislativas; que se admitan enmiendas de totalidad con devolución del texto; que se admitan enmiendas de totalidad con proposición de texto alternativo; o que se admitan enmiendas parciales de modificación, supresión o adición.

2. Otro criterio utilizado ha sido el consistente en que el sujeto que participa en la democracia directa son los ciudadanos, pero no considerados a título individual o como miembros de colectivos distintos del cuerpo electoral, sino como componentes de este. Dicho criterio está presente, según recalca el propio TC, en todos los referéndums, incluidos los consultivos (considerados como democracia directa), pero no en las consultas no referendarias, cuyo sujeto no es el cuerpo electoral.

También puede decirse que está presente en los concejos abiertos, pues el art. 29.3 de la ley 7/1985 dice que la Asamblea vecinal está formada por todos los electores.

Pero, en el caso de la iniciativa legislativa popular, el sujeto participante no está configurado por todos los miembros del cuerpo electoral, ya que basta con 500.000 electores, según el art. 3 de la Ley Orgánica 4/1983, en consonancia con lo dispuesto en el art. 87.3 de la Constitución.

3. Y otro criterio importante ha sido resaltar que los supuestos de democracia directa son excepcionales, dado que la regla general es la democracia representativa y que la decisión se tomará como regla general por los representantes elegidos.

30. Recuérdese, sin embargo, que A. Pizzorusso (1975, p. 343, en texto principal) consideró el referéndum consultivo como mecanismo de democracia participativa y no de democracia directa, por no operar como instrumento de decisión, sino de mera participación en procedimientos llevados a cabo por organismos estatales u otros organismos públicos.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

4. Ante ello, podemos concluir que no existen criterios materiales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los que se pueda predicar un carácter totalmente general, que sirva para justificar todos y cada uno de los mecanismos considerados como propios de la democracia directa en contraposición a los propios de la democracia participativa, sino que tan solo encontramos criterios materiales específicos utilizados para explicar que estamos ante un mecanismo de democracia directa en el caso concreto (como puede verse en el ejemplo de la contraposición entre referéndums y consultas no referendarias).

Y, si a ello unimos la proclamación del carácter excepcional de los supuestos de democracia directa, por ser la regla general la democracia representativa, el único criterio realmente seguro es *el reconocimiento y calificación por la jurisprudencia constitucional, de modo expreso, de pertenecer la figura en cuestión a la democracia directa,* de tal manera que, si no está reconocido el supuesto en cuestión como propio de tal tipo de democracia por la jurisprudencia constitucional, entonces la conclusión será que el mecanismo participativo de la ciudadanía pertenecerá a la llamada democracia participativa y que imperará la decisión adoptada por los órganos de democracia representativa.

5. Así, en el caso del derecho de petición como instrumento de participación ciudadana reconocido por la jurisprudencia constitucional, podemos verificar que no concurre en él el criterio de ser ejercitado por el correspondiente cuerpo electoral, sino por simples ciudadanos de forma individual o colectiva, según contempla el art. 29.1 CE (lo que supone que no concurra tal criterio invocado como propio de la democracia directa). En cuanto, a su carácter vinculante o no, tiene ciertas semejanzas con la iniciativa legislativa popular, pues la vinculación no opera sobre el resultado, pero sí en el sentido de tener que ser admitido a trámite si cumple sus requisitos propios, tener que ser enviado al órgano competente y deber notificarse la contestación al sujeto que realizó la petición. Ahora bien, le falta, desde luego, el criterio formal de haber sido calificado como dispositivo de democracia directa, de modo que, hoy por hoy, tan solo lo podremos considerar como propio de la democracia participativa.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

BIBLIOGRAFÍA

- CASTEL GAYÁN, SERGIO (2010): "La participación ciudadana en el ámbito local: experiencias". Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica nº 312, pp. 183-208.
- CASTEL GAYÁN, SERGIO (2011): "Descentralización política, participación ciudadana y renovación jurídica: ¿hacia una democracia participativa?". Revista catalana de dret públic, nº 43, pp. 279-316.
- CASTEL GAYÁN, SERGIO (2014): "El nuevo régimen jurídico del derecho de participación ciudadana. Un repaso a la reciente oleada legislativa". Revista Vasca de Administración Pública nº especial 99-100, pp. 847-876.
- CASTELLÀ ANDREU, J.Mª (2001): "Los derechos constitucionales de participación política en la administración pública: (un estudio del artículo 105 de la Constitución)", Cedecs.
- CASTELLÀ ANDREU, J.Mª (2013): "Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del Parlamento a la sociedad". Cuadernos Giménez Abad nº 5, pp. 202-233.
- CHEVALLIER, JACQUES (2011): "De l'Administration démocratique à la démocratie administrative". Revue française d'administration publique, 2011/1 nº 137-138, pp. 217 à 227.
- COLINO, CESAR; DEL PINO, ELOÍSA (2008): "Democracia participativa: Debates y experiencias en Europa". Revista catalana de Dret Públic, núm. 37, pp. 247 y ss.
- COOK, Terrence E. y MORGAN, Patrick M. (1971): Participatory democracy. Ed. Canfield Press. San Francisco.
- CRIADO DE DIEGO, MARCOS (2012): "Sobre el concepto de representación política: lineamientos para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa". Revista Derecho del Estado n.º 28, pp. 77-114.
- DE CARRERAS SERRA, F. (2001): "Derecho de participación política", en "Temas básicos de Derecho Constitucional", coordinados por M. ARAGÓN REYES. Tomo III. Thomson-Civitas. Cizur Menor -Navarra-.
- FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO (2009): "Los cauces de participación ciudadana en la Administración Local", en "Estudios sobre la modernización de la administración local: teoría y practica", coord. por Antonio Ramón Rodríguez Castaño, Zulima Sánchez Sánchez; Víctor Almonacid Lamelas (dir.), pp. 677-764.
- FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO (2019): "Las consultas populares no referendarias mediante votación: ¿un artificio del derecho público español?". Revista General de Derecho Administrativo nº 52.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J.Mª. (2019): "Vox populi: consultas populares y procesos participativos". Aranzadi-Thomson Reuters.
- FLORIDIA, ANTONIO (2013): "Participatory Democracy versus Deliberative Democracy: Elements for a Possible Theoretical Genealogy. Two Histories, Some Intersections". 7th ECPR General Conference Sciences Po, Bordeaux, 4 - 7 September 2013. Section 19 - Four Decades of Democratic Innovation Research: Revisiting Theories, Concepts and Methods. Panel 147 – Historicising Deliberative Democracy. Enlace: https://ecpr.eu/filestore/paperproposal/71d7f83c-3fe4-4b11-82a2-c151cd3769f4.pdf

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- GARCÍA MACHO, R. (2011): "La participación ciudadana en la ordenación urbanística y admisión de proyectos de obras públicas", en el libro colectivo El nuevo Derecho Administrativo: libro homenaje al Profesor Dr. Enrique Rivero Ysern / coord. por Ángel Sánchez Blanco, Miguel Ángel Domínguez-Berrueta de Juan, José Luis Rivero Ysern.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-RAMÓN (2020): Curso de Derecho Administrativo II, 16ª edición. Ed. Civitas-Thomson-Reuters.
- GARCÍA PÉREZ, MARTA (2018): "Cuestiones jurídicas en torno a la celebración de una consulta popular municipal", en Revista Galega de Administración Pública (REGAP) nº 56, pp. 367-385.
- MARTÍN NUÑEZ, ESTHER (2008): "La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la participación política". Revista catalana de dret públic, nº 37, pp. 1-14.
- MONTIEL MÁRQUEZ, ANTONIO (2006): "La participación ciudadana en la vida local. La consulta popular". UNED. Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 28, pp. 115-150.
- PATEMAN, CAROLE (1970): Participation and Democratic Theory. Cambridge: Cambridge University Press.
- PATEMAN, CAROLE (2012): Participatory Democracy Revisited, in Perspectives on Politics, Volume 10, Issue 1, March 2012, pp. 7-19.
- PÉREZ ALBERDI, Mª REYES (2014): "Democracia participativa en Andalucía. A propósito del Anteproyecto de Ley de Participación ciudadana". Cuadernos Giménez Abad nº 8, pp. 167-176.
- PÉREZ ALBERDI, Mª REYES (2017): "El modelo autonómico de democracia participativa: la situación a partir de la aprobación de los nuevos Estatutos de Autonomía", en Oñati Socio-legal Series, v. 7, n. 5 (2017) "El reto de la profundización democrática en Europa: avances institucionales en democracia directa", pgs. 1058-1081, disponible en http://ssrn.com/abstract= 3048827
- PRESNO LINERA, MIGUEL ANGEL (2016): "La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control", en Participación, representación y democracia: XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España / coord. por José Luis Cascajo Castro, Augusto Martín de la Vega, 2016, pp. 201-234.
- PIZZORUSSO, ALESSANDRO (1975): "Democrazia participativa e attività giurisdizionale", in Quale giustizia, nº 33, 1975, pp. 340 y ss.
- PIZZORUSSO, ALESSANDRO (1980-1982): "Democrazia partecipativa e attività parlamentare", in "Parlamento, Istituzioni, democracia", autores varios, Milano, Giuffrè, 1980. Y, en "Studi in onore di Antonio Amorth", vol. II, Scritti di diritto costituzionale e altri. Milano: Giuffrè, 1982, pp. 515-527. Nuestras citas son de esta última publicación de 1982.
- RUIZ RICO, CATALINA (2017): "Reforma de la Administración local y problemática jurídico-constitucional. Experiencias de innovación democrática". Ed. Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1989): "El principio de participación en la Constitución Española". Revista de Administración pública nº 89, pp. 171-205.
- SIERRA RODRÍGUEZ, JAVIER (2019): "La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- SIERRA RODRÍGUEZ, JAVIER (2021): "Prácticas de participación ciudadana en las comunidades españolas", en "Gobierno abierto en Iberoamérica. Estudios de Caso en Gobiernos Subnacionales". Volumen 1. Coordinadores Luis F. Aguilar Villanueva; Edgar A. Ruvalcaba Gómez; y J. Ignacio Criado Grande. Tirant lo blanch. Ciudad de México. Actualmente, en prensa.
- TOLIVAR ALAS, L. (2010): "Principio de participación", en la obra colectiva "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo", dirigida por J.A. Santamaría Pastor. Ed. La Ley. Madrid.
- TUR AUSINA, ROSARIO (2012): "Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformas estatutarias", en la obra colectiva "La Solidaridad en el Estado Autonómico (coord. Vicente Garrido Mayol), Fundación Profesor Manuel Broseta, pp. 119-148.
- TUR AUSINA, ROSARIO (2013): "Leyes de participación ciudadana: las experiencias canaria y valenciana". Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV, Zaragoza, 2013, pp. 203-232.
- VIZIOLI, NICOLA. (2024): "La democracia participativa en la legislación regional italiana". *Revista catalana de dret públic,* nº 48, pp. 187-205.
- WOLFE, JOEL D. (1985): "A defense of participatory democracy". The Review of Politics, Vol. 47, No. 3 (july, 1985), pp. 370-389.
- ZAMPETTI, PIER LUIGI (1969-1973): "L'art. 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa", in Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente, vol. II "Le libertà civili e politiche", Firenze, 1969. También está recogido como apéndice en "Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti", Giuffrè, Milano, 1973. Nuestras citas son de la publicación de 1973.
- ZAMPETTI, PIER LUIGI (1973): "Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa", in Studi in memoria di Carlo Esposito, Padova, Ed. CEDAM, vol. III, pp. 1473-1488. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

DECÁLOGO JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL SOBRE DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

SPANISH JURISPRUDENTIAL DECALOGUE ON THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

por
Javier Sierra Rodríguez, Universidad de Murcia;
Ana Galdámez Morales, Universidad de Sevilla;
Alicia González Moro, Universidad de Sevilla;
Pablo Cruz Mantilla de los Ríos, Universidad de Sevilla;
Eloísa Pérez Conchillo, Universidad de Granada

Cómo citar este artículo / Citation:
Sierra Rodríguez, Javier; Galdámez Morales, Ana; González Moro, Alicia; Cruz Mantilla de los Ríos, Pablo; Pérez Conchillo, Eloísa (2021): Decálogo jurisprudencial español sobre derecho de acceso a la información pública, en: Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0111

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

El número de reclamaciones que llegan al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno derivadas de la negativa de las diferentes administraciones públicas a conceder el acceso a la información se ha incrementado notablemente en los últimos años. Esto ha dado lugar a un consecuente aumento de litigios que terminan resolviéndose en los tribunales, cuyos pronunciamientos han suscitado cuestiones de interés casacional sobre las que el Tribunal Supremo está construyendo su doctrina jurisprudencial.

En este artículo se analiza el contenido más destacado de las últimas sentencias dictadas en casación junto a uno de los primeros pronunciamientos sobre reparto competencial del Tribunal Constitucional. El resultado final es un trabajo estructurado en torno a las principales aristas y vertientes del derecho de acceso a la información: ámbito material y temporal de la Ley de Transparencia, regímenes especiales, tramitación de las solicitudes de acceso, aplicación de los límites y operatividad de las causas de inadmisión. Todas ellas, son cuestiones de suma importancia para cuya interpretación resulta determinante el criterio de la jurisprudencia.

Palabras clave: Derecho de acceso; límites; causas de inadmisión; jurisprudencia; Tribunal Supremo.

ABSTRACT

In recent years, the number of complaints resolved by the Council for Transparency and Good Governance following the refusal of the different public administrations to grant access to information has increased notably. This has led to a consequent rise in case law rulings and cassation appeals.

This article analyses the latest rulings of the Spanish Supreme Court and one of the first pronouncements of the Constitutional Court on the distribution of powers. The final result is a study structured around the main aspects of the right to access information: material and temporal scope of the Law of Transparency, special regimes, processing of requests for access and application of limits and grounds for inadmissibility. Case law is decisive for the interpretation of all these important issues.

Keywords: Right to access; limits; grounds for inadmissibility; case law; Supreme Court.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIBG) establece la configuración legal del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, junto con un sistema de recursos especiales ante el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno (CTBG). Transcurridos siete años después de la publicación de esta norma y, tras la puesta en funcionamiento de este sistema de recursos[1], muchas de las resoluciones del CTBG han derivado en procesos judiciales como resultado de la tensión entre las concesiones de acceso recaídas en resoluciones del CTBG y las entidades públicas que justifican su denegación en los límites y causas de inadmisión recogidos en la LTAIBG[2].

Los datos ofrecidos por el CTBG cifran en 263 los recursos que se han planteado ante la jurisdicción contencioso administrativa contra las resoluciones del CTBG a fecha de 31 de diciembre de 2020. Esta cifra explica que, en los últimos años, el Tribunal Supremo (TS) haya tenido ocasión de conocer y pronunciarse sobre algunos de estos litigios en casación (Martín Delgado, 2020), contribuyendo a delimitar a través de su jurisprudencia los contornos difusos en materia de límites y causas de inadmisión. Éste es precisamente el objeto de análisis del presente texto, elaborado con vocación de convertirse en un primer decálogo de jurisprudencia básica emanada del Tribunal Supremo, al que también se incorpora por su relevancia una resolución dictada por el Tribunal Constitucional sobre la materia[3].

Este Decálogo se estructura en tres apartados sustantivos. En primer lugar, se analizan las principales sentencias recaídas en torno al ámbito de aplicación y alcance de la LTAIBG. En segundo lugar, se analizan aquellos límites sobre los que ha girado la jurisprudencia, en concreto, sobre la protección de datos y aquellos que resultan de los límites materiales de la LTAIBG. En tercer lugar, se examinan las argumentaciones jurídicas del Tribunal Supremo sobre la delimitación de las causas de inadmisión.

II. JURISPRUDENCIA SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LTAIBG

Este apartado se centrará en analizar jurisprudencia recientemente dictada por el TS y por el TC acerca de cuestiones que han resultado problemáticas en torno al ámbito de aplicación de la ley. En este sentido y partiendo del ámbito objetivo de aplicación, que tal como señala el artículo 13 LTAIBG, recae en sentido amplio sobre "los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones", se analizará la cuestión de si puede valorarse el interés público o privado de la información solicitada para conceder

1. En este periodo, el número de reclamaciones presentadas anualmente ante el CTBG ha tenido una evolución ascendente, partiendo de las 517 presentadas en 2015 a las 1.704 en 2020.

2. La LTAIBG establece en su artículo 14 un límite al acceso cuando suponga perjuicio para una relación de materias (seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores, seguridad pública, entre otros), que viene acompañado de la previsión del artículo 15 respecto al límite derivado de la protección de datos, y de las causas de inadmisión de solicitudes que se contemplan en el artículo 18.

3. El análisis se circunscribe a la STC 104/2018, de 4 de octubre, así como once sentencias de casación del Tribunal Supremo: SSTS 1547/2017, de 16 de octubre (caso Eurovisión 2015); 306/2020, de 3 de marzo (caso Viajes Casa Real); 748/2020, de 11 de junio (caso AEAT I); 852/2020, de 22 de junio (caso Retribuciones CRTVE); 1338/2020, de 15 de octubre (caso AEAT II); 1519/2020, de 12 de noviembre (caso Correspondencia penitenciaria); 1565/2020, de 19 de noviembre (caso CNMV I); 1817/2020, de 29 de diciembre (caso CNMV II); 235/2021, de 19 de febrero (caso Autoridad Portuaria); 315/2021, de 8 de marzo (caso Audiencia interesados), y 454/2021, de 25 de marzo, (caso Puentes de Ferrocarril).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

en su caso el acceso. Así mismo, en lo que respecta al ámbito competencial se tratará un interesante asunto dictado por la jurisprudencia del TC donde se dirime un caso de invasión competencial por parte de legislación autonómica en el ámbito propio del Estado, a tenor de una distinta interpretación de la regla del silencio administrativo, efectuada entre la respectiva legislación autonómica y la LTAIBG con la que entra en conflicto. Por su parte, se hará también alusión al ámbito temporal de aplicación de la LTAIBG para resolver por qué la Ley es de aplicación respecto a información creada previamente a la existencia de la norma. En último lugar, se analizarán casos jurisprudenciales dictados por el TS donde se trata la aplicación de regímenes especiales de acceso a la información pública, por mor de la Disposición Adicional (DA) Primera de la LTAIBG.

1. Interés público vs interés privado

La STS 1519/2020, 12 de noviembre (caso Correspondencia penitenciaria) trae causa de la solicitud de una persona al Ministerio del Interior de un listado de toda la correspondencia que había recibido y enviado en el periodo de tiempo en que había permanecido en un centro penitenciario. En este caso, el pronunciamiento inicial del CTBG y de los órganos judiciales coincidían en que la petición de información perseguía satisfacer exclusivamente un interés privado del interesado y que, siendo así, resultaba de difícil encaje con la finalidad de escrutinio público perseguida por la LTAIBG. Su razonamiento tomaba como base una interpretación de lo prescrito por la ley que va más allá de las causas expresamente tasadas en la misma, considerando que la naturaleza privada de la información –ajeno a los fines de control y rendición de cuentas perseguidos en la LTAIBG, tal y como se exponen en el Preámbulo– constituía fundamento suficiente para denegar la solicitud:

> La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política [...]. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico (STS 1519/2020, FJ 2).

Sin embargo, el TS estimó el recurso de casación anulando la sentencia dictada en apelación, al considerar que no pueden imponerse más límites al ejercicio del derecho que los expresamente tasados en la ley, ni hacerse una interpretación restrictiva a su ejercicio. Los motivos que ofrecía el TS para argumentar su resolución parten de las siguientes consideraciones:

a) No puede apelarse como única argumentación para denegar la solicitud la finalidad expuesta en la Exposición de Motivos de la LTAIBG. Como aclara el TS, la argumentación del CTBG y de los órganos juzgadores se basa exclusivamente en la referencia al Preámbulo de la norma, sin justificar en ningún momento su respuesta en el articulado de la ley. En este sentido, recuerda el TS con alusión a su propia jurisprudencia y a la del TC que, si bien las exposiciones de motivos de las leyes han de guiar la interpretación de su articulado como criterio hermenéutico, carecen en sí mismas de valor jurídico vinculante. Por lo que, cabe concluir que la fundamentación realizada en apelación resulta insuficiente para denegar justificadamente el acceso a la información (STS 1519/2020, FJ 4, apartado 1).

b) Derivado de lo anterior, no pueden deducirse más limitaciones al derecho de acceso a la información pública que las expresamente previstas en su articulado, a tenor de los límites previstos en el artículo 14 LTAIBG, su colisión con la protección de datos en virtud del artículo 15 LTAIBG y las causas de inadmisión del artículo 18 LTAIBG.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

En este caso, al no concurrir ninguna de ellas, se trataría de una restricción *extra lege*, que supera el marco legal establecido (STS 1565/2020, FJ 4, apartado 6).

c) Las limitaciones al ejercicio del derecho deben entenderse de forma restrictiva, precisamente para la satisfacción de las finalidades de control, transparencia y rendición de cuentas previstas en la Exposición de Motivos, aun cuando en el caso concurriera un interés privado. Aclara en este sentido el TS que

> tampoco puede mantenerse que la persecución de un interés privado legítimo [...] no tenga cabida en las finalidades expresadas en el preámbulo de la LTAIBG, que entre otras incluye la posibilidad de que los ciudadanos puedan "conocer cómo se toman las decisiones que les afectan", sin perjuicio además de que la solicitud de acceso a una información pública por razones de interés privado legítimo no carezca objetivamente de un interés público desde la perspectiva de la transparencia que fomenta la LTAIBG, pues puede contribuir –de forma indirecta si se quiere– a esa finalidad de la LTAIBG, reseñada en su preámbulo, de fiscalización de la actividad pública que contribuya a la necesaria regeneración democrática, promueva la eficiencia y eficacia del Estado y favorezca el crecimiento económico (STS 1565/2020, FJ 4, apartado 2).

d) De otra parte, la LTAIBG garantiza el derecho a favor de todas las personas, con independencia de su condición de interesada, y sin necesidad de alegar los motivos de la solicitud (artículos 12 y 13 LTAIBG). En este sentido, la resolución del TS es clarificadora cuando señala que

> hemos de considerar que la información solicitada en relación con las anotaciones efectuadas por la administración penitenciaria de la correspondencia remitida y recibida por el recurrente (...), encuentra acomodo en el concepto de información pública definido por el artículo 13 de la LTAIBG, que no hace ninguna distinción por razón del interés público o privado que presente la solicitud (STS 1519/2020, FJ 4, apartado 5).

Y, además de ello, que lo solicitado por el recurrente tenía la condición de "información pública" a pesar de que su interés sea privado (STS 1519/2020, FJ 4, apartado 5). Cabe pues concluir que no sólo la información que directamente persiga un interés público traslada a la ciudadanía cómo se toman las decisiones y cómo funciona la Administración. Esto también se consigue con aquella información que, aun atendiendo a fines particulares, contribuye a satisfacer el principio de transparencia y la fiscalización del poder público (Blanes Climent, 2020). En este sentido, queda claro que los motivos –públicos o privados–, por los que se solicita el acceso a la información pública son ajenos a los límites previstos en la norma y que, en sí mismos, no son causa suficiente para su denegación (STS 1519/2020, FJ 4, apartado 7).

Esta opción interpretativa del TS encaja no sólo con el espíritu de la norma, que debe entenderse de forma abierta y favorable al ejercicio del derecho de acceso a la información, sino también con lo dispuesto en el artículo 17.2 LTAIBG[4] que reconoce de forma taxativa que "el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud".

4. Sobre el tratamiento de este precepto y en particular, sobre la ausencia de motivación para solicitar el acceso a la información, tómese como referencia, entre otros, Fernández Ramos y Pérez Monguió (2020: 165 y ss.).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

2. Competencias Estado-Comunidades Autónomas

La STC 104/2018, de 4 de octubre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5228-2017, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el artículo 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón (LTA). La controversia radica en la posible invasión de las competencias estatales, derivada de la disparidad en la interpretación del silencio administrativo prevista en la LTAIBG y en la citada norma autonómica. A diferencia de lo previsto en el artículo 20.4 LTAIBG, que recoge la regla del silencio administrativo negativo ante la falta de contestación derivada de solicitudes de acceso a la información pública, el artículo 31.2 de la LTA otorgaba sentido estimatorio al silencio administrativo.

El TC llega a un resultado bastante cuestionado por la doctrina (Badules Iglesias, 2019; Blanes Climent, 2018; Sierra Rodríguez, 2019; Valencia Martín, 2019) –aunque algunos autores tenían muy clara desde el principio la incompatibilidad de la convivencia de efectos distintos del silencio administrativo en la normativa estatal y autonómica (Fernández Salmerón, 2014: 291-93)– e, incluso, en el seno del propio Tribunal, expresado a través del voto particular del magistrado Conde- Pumpido. Así las cosas, el TC resuelve el caso entendiendo que se da un supuesto de inconstitucionalidad mediata, en la medida en que la inconstitucionalidad se declara respecto de una norma autonómica –artículo 31.2 de la ley aragonesa–, a la luz de una norma infraconstitucional que ha sido dictada en el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado, concretadas en este caso en virtud del procedimiento administrativo común, *ex* artículo 149.1. 18ª CE (STC 104/2018, FJ 3).

Para llegar a tal conclusión el TC comienza por cuestionarse si el artículo 20.4 LTAIBG, que recoge la regla del silencio negativo ha de entenderse como regulación propia del "procedimiento administrativo común" reservado al Estado en virtud del artículo 149.1. 18ª CE. En este punto, el TC descarta otros posibles títulos competenciales (artículo 149.1. 1ª y 149.1. 13ª CE), para encuadrar el precepto en el citado artículo 149.1. 18ª CE. Así, considerando que "tal derecho de acceso puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos o intereses protegidos que pueden limitar el mismo [...] el legislador estatal ha tomado la cautela de proteger estos derechos e intereses [...] justificándose de este modo la regla del silencio negativo establecida en el artículo 20.4 de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno". Tal consideración lleva al TC a entender que el precepto "cumple una función típica de las normas de "procedimiento administrativo común"" (STC 104/2018, FJ 5) atribuida con carácter exclusivo al Estado y que, por tanto, en la medida en que el artículo 31.2 LTA establece la regla del silencio positivo, es irreconciliable e insalvable con el artículo 20.4 LTAIBG (STC 104/2018, FJ 6).

La conclusión del TC deja claro que lo relativo al ejercicio del derecho de acceso a la información se subsume en el procedimiento administrativo común, sin que exista contradicción alguna por parte de la normativa autonómica. De ahí que el TC descarte una interpretación conciliadora de ambos preceptos, y termine declarando inconstitucional y nulo el artículo 31.2 de la ley aragonesa.

No obstante, conviene mencionar que la interpretación efectuada por el Tribunal no es la única posible, y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, así como el voto particular emitido por el magistrado Conde-Pumpido. En dicho voto se cuestiona con argumentos de peso la solución ofrecida por el TC, destacándose que hubiera sido más acertado considerar el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso como procedimiento específico "y no un sector material, un tipo de actividad administrativa o una categoría de procedimientos administrativos" pues, en efecto, la norma estatal no está regulando

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

un tipo de actividad sino "el ejercicio de un derecho público-subjetivo, del que son titulares todas las personas, consistente en el acceso a la información pública" (párr. 13). A juicio del magistrado, lo propio hubiera sido fundamentar el procedimiento de acceso sobre una competencia sustantiva, no siendo bastante para ello el encaje efectuado en el artículo 149.1. 18ª CE. Incluso, aceptando tal encaje, recuerda que "su condición de "mínimo común denominador legislativo" no debería impedir que las comunidades autónomas, reforzaran el acceso de sus ciudadanos a la información pública y el cumplimiento de la obligación de la Administración de resolver en plazo" (párr. 18).

3. Aplicación temporal de la LTAIBG

La controversia sobre el acceso a información anterior a la LTAIBG es tratada en la STS 306/2020, de 3 de marzo (caso viajes Casa Real), relativa a una solicitud que pedía información previa a la entrada en vigor de la LTAIBG (10 de diciembre de 2014). El TS aborda esta cuestión considerando que es de interés casacional determinar si el acceso está previsto sólo para la información elaborada o adquirida a partir de esa fecha, –tal y como pretendía el Ministerio de Defensa para denegar el acceso– o si podía concederse también en el caso de información previa a su entrada en vigor.

El razonamiento del Tribunal parte de considerar que el ejercicio del derecho de acceso se habilita a partir de la publicación de la Ley, pero que antes también existían previsiones sobre el acceso, como el artículo 105.b) CE, las normas de procedimiento administrativo[5], o los procedimientos contenidos en la regulación sectorial. En esta línea recuerda el Tribunal, que el Preámbulo de la Ley que ya manifiesta que "no parte de la nada ni colma un vacío absoluto, sino que ahonda en lo ya conseguido" con relación a la transparencia.

Así mismo, incide el Tribunal que en la LTAIBG están delimitados los límites y causas de inadmisión de manera expresa y específica, sin que haya ninguna restricción por razón de antigüedad o actualidad de la información, y sin que el legislador haya graduado la intensidad del derecho en función de la fecha o del tiempo de la información, por lo que estamos ante una Ley en la que "el reconocimiento del derecho de acceso es, por tanto, general". De este modo, es claro al pronunciar su posición sobre la cuestión en litigio en los siguientes términos: "No procede crear por vía jurisprudencial dicha limitación que la ley no establece y que tampoco se infiere ni del preámbulo, ni del régimen jurídico que alumbra" (STS 306/2020, FJ 3).

Finaliza el Tribunal haciendo alusión a la STS 1768/2019, de 16 de diciembre, sobre un caso similar, en el que se argumenta que no existen limitaciones temporales a la entrega de información anterior en la LTAIBG y que "tampoco se advierte la razón que podría fundamentarlo [su exclusión] a la vista de la definición que hace el artículo 13 de la información pública susceptible de acceso" (FJ 4, apartado d), que solo hace referencia a los contenidos o documentos, con independencia de su formato y soporte, siempre que obren en poder de los sujetos obligados y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

Por ello, según estos pronunciamientos, la información anterior a la entrada en vigor de la LTAIBG es susceptible de acceso, siempre que entre dentro del concepto de información pública, porque no existen restricciones por este motivo en su regulación.

5. Entre ellas el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que, antes de su modificación por la LTAIBG, hacía alusión al derecho de acceso a archivos y registros. En la actualidad se contiene en el artículo 13, letra d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

4. Regímenes especiales de acceso

La regulación del derecho de acceso a la información pública contenida en la LTAIBG se puede ver desplazada ante la previsión de la Disposición Adicional 1ª, que establece que aquella norma sólo actuará con carácter supletorio cuando exista un régimen específico de acceso[6]. Se trata de una previsión ha dado lugar a varios pronunciamientos ante la pretensión de los sujetos obligados que intentaban evitar la entrega de información sobre la base de la aplicación preferente de su normativa reguladora (como régimen específico) en lugar de la LTAIBG. A continuación, se examina el corpus jurisprudencial a través de tres sentencias: STS 748/2020, de 11 de junio (caso AEAT I); STS 1338/2020, de 15 de octubre (caso AEAT II) y STS 1565/2020, de 19 de noviembre (caso CNMV I)[7].

La STS 748/2020 –como también la STS 1338/2020 con la que guarda una amplia similitud– centra la controversia en aclarar si las previsiones del artículo 40.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que incorpora previsiones relativas al acceso a la información[8], constituye un régimen específico de acceso. La Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) estaba interesada en la aplicación de este régimen para circunscribir la información susceptible de entrega a lo estipulado en este artículo, de modo que legítimamente pudiese limitar el acceso.

El pronunciamiento del TS parte de considerar el carácter transversal de la LTAIBG e indica que sus previsiones solo quedan desplazadas cuando exista un régimen de acceso "propio y específico". Para su determinación –que fijará como doctrina jurisprudencial en el FJ 4– indica que éste exige una norma de rango legal que "permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades que existen en un ámbito o materia determinada", de modo que debe contener "una regulación autónoma respecto de los sujetos legitimados y/o el contenido y límites de la información que puede proporcionarse". El TS concluye que en el EBEP no existe como tal un régimen específico y alternativo, porque se "limita a señalar que los representantes de los trabajadores [...] han de recibir información sobre determinados aspectos" y "en definitiva, no fija límites o condiciones" (STS 748/2020, FJ 2).

Así, para la apreciación de un régimen específico es necesario evaluar la norma a través de un test de tres elementos: a) que se trate de una norma con rango de ley sobre un sector o especialidad –conviene destacar la crítica de la doctrina respecto de la alusión a la "normativa específica", considerando que puede provocar la atomización de los regímenes especiales de acceso (Guichot Reina, 2020: 764)–; b) que contenga previsiones sobre los sujetos legitimados y/o el contenido y los límites; y c) que globalmente se observe con claridad que constituye una regulación alternativa.

En términos similares a la sentencia precedente, se pronuncia el TS en la STS 1565/2020, de 19 de noviembre (caso CNMV I). Este fallo tiene su origen en la negativa de la

6. Ley 19/2013, en su Disposición Adicional 1ª, apartado segundo, dispone: "se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información". De manera complementaria, en su apartado tercero añade que "será de aplicación a la regulación del acceso a la información ambiental y a la reutilización en lo que no esté previsto en su respectiva normativa".

7. La STS 1817/2020, de 29 de diciembre (caso CNMV II) también aborda la aplicación de los regímenes especiales de acceso a partir de la fundamentación jurídica del caso precedente (STS 1565/2020, de 19 de noviembre).

8. Este artículo contiene las funciones de las Juntas de Personal y Delegados de Personal, y entre ellas se incorporan las siguientes: "a) Recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento; d) tener conocimiento y ser oídos en el establecimiento de la jornada laboral y horario de trabajo, así como en el régimen de vacaciones y permisos".

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) a facilitar el texto completo de las resoluciones administrativas sancionadoras dictadas contra Popular Banca Privada y Banco Popular Español. En defensa de sus pretensiones, la CNMV invoca la Ley del Mercado de Valores (LMV)[9] para justificar que dicha normativa constituye un régimen jurídico específico y que, por consiguiente, no resulta de aplicación la Ley 19/2013.

El Tribunal Supremo, en cambio, rechaza esta posición. Aun reconociendo la existencia de una serie de disposiciones que constituyen una regulación específica en ese concreto ámbito normativo, considera que de las mismas "no se desprende la realidad de un régimen específico completo sobre el acceso a la información o transparencia pasiva, que desplace el general en la Ley 19/2013" (STS 1565/2020, FJ 2). Con ello, el Alto Tribunal pone de relieve que la regulación contenida en la LMV se centra especialmente en la publicidad activa –transparencia activa–[10], pero no sobre el derecho de acceso –transparencia pasiva–, que es sobre el que se proyecta la previsión de la DA 1ª. A partir de esta diferenciación, afirma que la controversia en este caso versa sobre la segunda de tales vertientes, que se refiere al derecho de los ciudadanos a solicitar y acceder a información en poder de los sujetos obligados legalmente, no existiendo a este respecto un "verdadero régimen íntegro y completo".

En definitiva, puede considerarse positiva esta línea interpretativa que el Tribunal Supremo ha establecido con relación a la DA 1ª, puesto que una concepción más laxa podría poner en riesgo la "efectividad de todo el dispositivo legal de transparencia pública (no sólo la LTAIBG, sino también las leyes autonómicas concordantes)" (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2021: 2). Expresado en otras palabras, el Tribunal Supremo opta por una interpretación estricta de la DA 1ª que permite garantizar la aplicación del régimen jurídico contenido en la LTAIBG, evitando el desplazamiento de esa norma en favor de otra más específica –aunque no siempre tan precisa y completa– en amparo de la cual pretende justificarse un acto denegatorio de acceso.

III. LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO Y CAUSAS DE INADMISIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Interpretación restrictiva y carácter expansivo del derecho

Una primera aproximación al derecho de acceso a la información en el ordenamiento jurídico español pone de relieve que el mismo ha sido configurado de manera amplia en favor del ciudadano, siendo especialmente revelador en este sentido el Preámbulo de la LTAIBG[11]. En todo caso, ello no obsta para que se hayan establecido una serie de límites en caso de concurrencia con otros posibles intereses con los que pueda colisionar. Cuando esto sucede, la sucinta previsión constitucional únicamente menciona tres posibles ámbitos en los que se restringe este derecho –"la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas" (artículo 105. b) CE)–, que han sido objeto de posterior desarrollo por parte de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En

9. Los artículos 238 y 248 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV) regulan respectivamente los registros públicos relacionados con mercados de valores (de entidades, empresas, documentos, sociedades e información regulada, entre otros) y las previsiones sobre deber de secreto y confidencialidad en esta materia.

10. Recuérdese que las obligaciones de publicidad activa –publicación de información– están reguladas en el capítulo II del Título I de la LTAIBG (artículos 5-11) y que no requieren de solicitud alguna para que sean exigibles.

11. Preámbulo, apartado III: "el capítulo III configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas [...]. Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de los dispuestos en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos".

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

efecto, tales límites aparecen contemplados en una enumeración en el artículo 14[12] de la legislación estatal que, por razón de su extensión, ha sido calificada como "excesiva" (Messía de la Cerda Ballesteros, 2017: 935). La enumeración de materias que actúan como límites al derecho de acceso a la información pública encuentran una importante fuente de inspiración en el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa de Acceso a los Documentos Públicos de 2009, si bien con ciertas diferencias en cuanto a la denominación y orden de tales excepciones (Rebollo Delgado, 2017: 783). No está demás añadir que los apartados segundo y tercero del artículo 14 LTAIBG contienen unas previsiones generales con relación a la aplicación de sus límites, de modo que toda restricción deberá ser justificada y proporcionada, atenderá a las circunstancias de cada caso y será objeto de publicidad.

Estos son, por tanto, los criterios que aplica el TS en su jurisprudencia, tal y como hizo en su primera sentencia derivada de una reclamación del CTBG. La STS 1547/2017, de 16 de octubre (caso Eurovisión 2015)[13] que fija los parámetros de interpretación de los límites y causas de inadmisión de manera restringida y acorde a la expansividad del derecho. En consecuencia, el Tribunal rechaza las causas de inadmisión y límites alegados por RTVE -que había denegado el acceso a la información solicitada- bajo una argumentación que estará presente en ulteriores pronunciamientos sobre la base de una interpretación "amplia y expansiva" (STS 1547/2017, FJ 4) del derecho:

> La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información (STS 1547/2017, FJ 6).

Este carácter expansivo del derecho acogido por la jurisprudencia entronca con una de las posibles vías para conseguir que se reconozca el derecho de acceso como un derecho fundamental. Ante lo improbable que sería una reforma constitucional o que el legislador lo reconozca mediante una Ley orgánica, la vía de la interpretación del Tribunal Constitucional podría ser –como han puesto de manifiesto diversos autores– una opción (Fernández Ramos, 2017; Rollnert Liern, 2014; Sánchez de Diego y Sierra Rodríguez, 2020).

En consecuencia, es obligado interpretar "de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013, como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen

12. Artículo 14.1 LTAIBG: "El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional; b) La defensa; c) Las relaciones exteriores; d) La seguridad pública; e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; h) Los intereses económicos y comerciales; i) La política económica y monetaria; j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; l) La protección del medio ambiente".

13. La STS 1547/2017, de 16 de octubre, trae causa de una petición de información en virtud de la cual un particular solicitaba a la Corporación RTVE los gastos en que incurrió a resultas de la participación de España en el concurso "Eurovisión 2015", con inclusión de las partidas relativas a viajes, alojamientos, dietas, vestuario, gastos de delegaciones y acompañantes. Transcurrido el plazo legalmente previsto sin obtener respuesta –artículo 20.4 LTAIBG–, el interesado interpuso una reclamación contra la desestimación presunta ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Dicha reclamación fue estimada, instándose a la parte reclamada a proporcionar la información solicitada. Contra dicha resolución se inició un largo *iter* procesal, que culminó con un recurso de casación por parte de la corporación RTVE con el propósito de que se declarara la nulidad de la sentencia desestimatoria dictada en instancias previas.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

enumeradas en el artículo 18.1" (STS 1547/2017, FJ 4). Con ello, no sólo se refuerza la intencionalidad claramente protectora de la legislación estatal en favor del ciudadano[14], sino que se dispensa un mismo tratamiento jurídico a ambas causas que impiden la provisión de la información.

2. Necesidad de alegación y justificación

El TS establece que debe existir una justificación clara de los motivos que podrían llevar a la inadmisión de una solicitud de acceso o la aplicación de los límites, y no sólo su mera alegación. De este modo, aquéllas no pueden operar cuando no se justifica su pertinencia "de manera clara y suficiente" o, en el caso de los límites, cuando no se acredita "que facilitar la información solicitada puede suponer un perjuicio" (STS 1547/2017, FJ 6) para determinado bien jurídico protegido o interés con el que pueda colisionar[15]. Precisamente, esta falta de justificación de la existencia de los límites y las causas de inadmisión, determinaron la desestimación del recurso en el caso Eurovisión 2015:

> Por ello, la causa de inadmisión de las solicitudes de información que se contempla en el artículo 18.1c) de la Ley 19/1013, de 9 de diciembre, no opera cuando quien invoca tal causa de inadmisión no justifique de manera clara y suficiente que resulte necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información (STS 1547/2017, FJ 6).

Debe precisarse que la obligación de motivar la negativa al acceso por la concurrencia de una causa de inadmisión o de un límite opera siempre, y que el silencio administrativo no puede confundirse, ni normalizarse como una vía para rechazar solicitudes sin justificación (Fernández Salmerón y Sierra Rodríguez, 2019: 63-64). En este sentido, el caso Eurovisión es un asunto ilustrativo en el que el TS ha criticado que la Administración Pública haya tratado de incorporar la justificación de las causas de inadmisión *a posteriori*, esto es, una vez que ha sido interpelada en el marco de una reclamación ante el CTBG (STS 1547/2017, FJ 3). Cabe añadir que la doctrina ha estimado que este fallo establece un "criterio equitativo" cuando impone a la Administración la carga de probar la procedencia de la causa de inadmisión, puesto que "la pasividad de la Administración (en abierto incumplimiento de sus obligaciones legales) obliga en estos casos al ciudadano a presentar su reclamación `a ciegas´" (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2021: 6).

Por lo que respecta a la falta de motivación en la aplicación de las restricciones al derecho de acceso, es habitual encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo reproches dirigidos a las diferentes administraciones que deniegan las solicitudes aplicando los límites establecidos en la LTAIBG sin argumentarlos debidamente. Por ejemplo, en el caso CNMV los magistrados concluyen que ésta no acreditó de forma suficiente "en qué manera se puede perjudicar la buena marcha de las tareas de inspección y supervisión que le corresponden al supervisor" puesto que:

14. Además, la interpretación restrictiva de los límites opera para todos los ciudadanos sin distinción, y en esta línea se ha manifestado la STS 454/2021, de 25 de marzo (caso Puentes de Ferrocarril), al plantearse si el test de daño debe realizarse con mayores cautelas o de forma aún más restrictiva cuando el solicitante es un periodista. En este sentido, –considera el Tribunal– "no cabe sostener que la LTAIBG imponga una interpretación distinta de los límites al derecho de acceso en atención a la condición del sujeto que formule la solicitud" (FJ 3).

15. Como ya indicaba Moretón Toquero respecto a los límites materiales, la lectura de la LTAIBG desde una posición proacceso nos lleva a subrayar que la Ley exige un daño y no un mero peligro, por lo que esta circunstancia hay que tenerla presente en todo momento a la hora de realizar el test de daño sobre las materias que fundamentan el límite (Moretón Toquero 2014: 14).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

> La CNMV, que no accedió a la petición de información en aplicación de la LMV, se limita a insistir en el carácter confidencial de toda la información de supervisión e inspección, en una concepción errónea de la norma sin incluir ninguna explicación adicional sobre el pretendido peligro para el secreto comercial (STS 1565/2020, FJ 3).

También hay casos en los que la Administración en cuestión ni siquiera alega límite alguno en su respuesta denegatoria a la solicitud de acceso, sin embargo, posteriormente, pretende hacer valer dichas restricciones ante los tribunales a través de la Abogacía del Estado. Así ocurre en los casos AEAT I y II:

> La aplicación de los límites al acceso a la información requiere su justificación expresa y detallada que permita controlar la veracidad y proporcionalidad de la restricción establecida. Pero lo cierto es que nada de ello se hizo por la Administración afectada, que inicialmente no contestó a la petición de información y cuando lo hizo no se incluía referencia alguna al ahora pretendido peligro para las funciones de inspección y control (STS 748/2020, FJ 3 y STS 1338/2020, FJ 3).

3. Trámite de audiencia a terceros

Una última cuestión de carácter general que merece ser reseñada antes de entrar en el análisis de los principales límites al derecho de acceso a la información pública es la que tiene que ver con el trámite de audiencia a los terceros[16] interesados que ven, de esta forma, garantizado su derecho a ser oídos previamente a la toma de decisión.

Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS 315/2021, de 8 de marzo, sobre la base de que, cuando el órgano se enfrenta a la aplicación de límites, "debe hacerlo de forma proporcionada a su objeto y finalidad de protección, atendiendo "a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso", por lo que necesita conocer los intereses privados concurrentes para adoptar su decisión" (STS 315/2021, FJ 2) en virtud del principio de contradicción. En este sentido, la sentencia resulta especialmente clarificadora cuando destaca la distancia que distingue los dos trámites de audiencia previstos en la norma estatal: el contenido en el artículo 19.3 LTAIBG[17] –como una obligación que corresponde al órgano administrativo, destinatario inicial de la solicitud de información–; y el trámite previsto en el artículo 24.3 LTAIBG[18] –cuya observancia corresponde al Consejo de Transparencia "cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros"[19]–. Sin embargo,

16. Desde el punto de vista procesal, un tercero es una persona –sea física o jurídica– ajena a la controversia suscitada entre las partes; se trata de un extraño en la relación jurídica preexistente que no forma parte de la relación, pero que puede ver afectados sus intereses. Un término que, en el ámbito administrativo, se interpreta de forma amplia (Serna Bilbao, 2017: 1271). El concepto de terceros que aparece en la LTAIBG también ha sido delimitado por Fernández Ramos (2020: 34-35), incluyendo a aquellas personas ajenas a la relación entre el solicitante y el sujeto obligado, que sean susceptibles de identificación –"basta que del expediente se infiera la identificación de los terceros"– y que puedan verse afectados por la información en sus derechos e intereses legítimos privados: protección de datos, propiedad intelectual o industrial, intereses económicos y comerciales, entre otros.

17. El artículo 19.3 LTAIBG prevé que durante la tramitación de la solicitud se dará una audiencia de quince días "si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros" para que puedan hacer las alegaciones que estimen pertinentes.

18. El artículo 24.3 LTAIBG hace referencia al trámite de alegaciones a terceros en vía de reclamación ante el CTBG.

19. No se incluyó finalmente "el trámite de solicitar, con carácter previo y preceptivo, un informe vinculante de la AEDP u organismo autonómico equivalente previsto en la proposición de Ley" presentada un año antes (Blanes Climent, 2017: 1402).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

> aunque el trámite de audiencia regulado en los artículos 19.3 y 24.3 de la Ley de Transparencia aparece referido a dos momentos distintos y ante órganos diferentes, la finalidad perseguida en ambos casos es la misma: que las personas o entidades cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por la información pública solicitada, y consecuentemente con la decisión que se adopte, puedan formular alegaciones (STS 315/2021, FJ 2).

El trámite de audiencia es, por tanto, garantía de que el órgano adopta la decisión contando con los "elementos de juicio necesarios para la ponderación de los intereses en conflicto" (STS 315/2021, FJ 2). En cualquier caso, añade el Tribunal, "el trámite de audiencia ante el Consejo de Transparencia no se condiciona a que los interesados hayan sido oídos previamente en el procedimiento tramitado ante el órgano administrativo destinatario de la solicitud de información" (STS 315/2021, FJ 4); aunque no se les hubiera dado audiencia en el procedimiento seguido ante el órgano administrativo,

> si el Consejo de Transparencia tiene datos suficientes que permitían identificar a las personas o entidades cuyos derechos o intereses pudiesen verse afectados por la decisión que adopte, puede y debe concederles un trámite de audiencia, con el fin de poder ponderar si el acceso a la información lesiona o no sus derechos o intereses (STS 315/2021, FJ 4).

Cuando esto sucede, en caso de que el Consejo constate –en fase de reclamación– que el órgano administrativo omitió el trámite de audiencia, dispone de las siguientes opciones:

> a) si los interesados están identificados o son fácilmente identificables, debe conceder un trámite de audiencia a los afectados y después adoptar la decisión de fondo que pondere los intereses en conflicto;
>
> b) cuando desconozca la identidad de los afectados y no disponga de datos suficientes que le permitan una fácil identificación, puede ordenar la retroacción de actuaciones para que sea el órgano administrativo el que cumpla con el trámite de audiencia exigido por el art. 19.3 de la Ley de Transparencia (STS 315/2021, FJ 4).

Con ello, el Tribunal deja claro que corresponde al CTBG garantizar la audiencia a los interesados, siempre que sea necesario, aunque el mismo haya sido omitido en vía administrativa. De forma complementaria, en la STS 1338/2020, de 15 de octubre (caso AEAT II) se establece que el artículo 19.3 "no resulta de aplicación cuando por parte de la Junta de Personal se solicita de la Administración la información sobre el Catálogo de los puestos de trabajo desempeñados por los funcionarios a los que representa [...] no siendo por tanto necesario el trámite de audiencia previa a los funcionarios que ocupan tales puestos de trabajo" (STS 1338/2020, FJ 5) puesto que se trata de datos de carácter meramente profesional.

IV. LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Partimos de la premisa de que ningún derecho es absoluto, tampoco el derecho de acceso a la información pública. Encuentra su límite en la medida en que puede confrontar; colisionar, con otros derechos o bienes jurídicos protegidos. La resolución de este tipo de conflictos requiere necesariamente de un ejercicio de ponderación a la luz de los criterios establecidos por la jurisprudencia. A continuación nos detenemos en

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

aquellos límites[20] acerca de los cuales se ha pronunciado de manera reciente el Tribunal Supremo, dando respuesta a diversas cuestiones de interés casacional.

1. Protección de datos

Entre los derechos o bienes jurídicos protegidos con los que, habitualmente, el derecho de acceso a la información pública puede colisionar, el derecho a la protección de datos personales[21] –tal y como establece el artículo 15 LTAIBG– ocupa un lugar especialmente destacado.

Y es que, cuando la solicitud de acceso hace referencia a informaciones que contienen o pueden revelar datos personales, se dibuja un escenario en el que aparecen "dos intereses en juego, sin que una norma establezca expresamente la prevalencia previa de uno sobre otro, por lo que hay que garantizar la plena aplicación de ambos: el derecho de acceso a la información y el derecho a la vida privada" (STS 852/2020, antecedente 3). Es una balanza de equilibrio imposible estrechamente vinculada a la necesaria delimitación de los criterios y estándares de ponderación, no en vano, "la coincidencia y yuxtaposición de las dos normas exige que, en el momento de aplicarlas, sea necesario tomar medidas para evitar incoherencias y, por tanto, evoca la necesidad de coordinación institucional a tal efecto" (García Muñoz, 2017: 232). En este sentido, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de analizar un caso significativo, botón de muestra del recurrente conflicto. Se trata de la STS 852/2020, de 22 de junio –caso retribuciones CRTVE–, interpuesto por la Corporación de Radio y Televisión Española en contra de una resolución en virtud de la cual debía facilitar el acceso a información relativa a la "retribución anual bruta percibida en 2014 y 2015 por el personal directivo de la Corporación RTVE". En concreto, se solicitaba la identificación clara "del perceptor, el literal del puesto del organigrama y su retribución realmente percibida en 2014 y 2015, para todo el personal que haya ocupado un puesto de dirección y subdirección en este período" (STS 852/2020, antecedente 1).

Antes de entrar en el fondo del asunto y desgranar los argumentos del TS, resulta obligado que nos detengamos en la letra del precepto relativo a la protección de datos como límite al ejercicio del derecho de acceso a la información. Así, la norma distingue entre aquellos "datos especialmente protegidos" de los que no lo son, estableciendo un régimen jurídico diferenciado en uno y otro caso.

Cuando se trata de datos meramente identificativos, la regla general se enuncia en el apartado segundo del artículo 15 LTAIBG: se concederá el acceso a la información "salvo que, en el caso concreto, prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación"[22]. Si la

20. Si bien la enumeración contenida en el artículo 14 LTAIBG es bastante más extensa, se han seleccionado para este trabajo aquellos que, por su relevancia o novedosos criterios jurisprudenciales de interpretación, pueden resultar más interesantes.

21. Artículo 5.3 LTAIBG: "Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos".

22. Esta previsión se aplica cuando la información solicitada contiene "datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano". Conviene destacar, en este sentido, la Sentencia de 16 de diciembre de 2019 de la Sala de los Social del Tribunal Supremo, comentada por Fernández Ramos y Pérez Monguió, en relación con la necesidad de identificar a los trabajadores que desempeñan determinado puesto de trabajo. Parece claro que dicha información "no resulta baladí [...] cuando los elementos personales guardan relación con aspectos tales como la formación, titulación, y especialización, siendo también necesarios para delimitar las circunstancias de las vacantes, su cobertura, orden de prioridades..." (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2021: 8-9).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

información contuviera "datos especialmente protegidos"[23] –que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias[24]–, se establece un régimen estricto de accesibilidad, "de manera que sólo excepcionalmente, mediante consentimiento escrito o en casos muy limitados se puede acceder a dicha información" (STS 852/2020, FJ 3). Así mismo, se exige consentimiento del afectado cuando la información solicitada incluye "datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluye datos genéticos o biométricos o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas"[25]. En estos casos, aunque no exista consentimiento, podrá autorizarse el acceso "si estuviera amparado por una norma con rango de ley" (art. 15.1 LTAIBG).

Sin embargo, en el caso analizado, la información solicitada a la corporación RTVE no contenía datos especialmente protegidos, ni meramente identificativos, por lo que el TS acude al apartado tercero del artículo 15 LTAIBG –relativo al resto de la información– que impone al órgano la obligación de ponderar, de forma suficientemente razonada, entre los derechos en conflicto[26], tomando en consideración los siguientes criterios:

a) El menor perjuicio a los afectados, derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad (art. 15.3 LTAIBG).

La cuestión que presenta interés casacional para la formación de jurisprudencia es la necesidad o no de aplicar esta ponderación –así como el modo de hacerlo– prevista en el artículo 15.3 de la Ley de Transparencia, en relación con la normativa de protección de datos, "en los supuestos en los que la información solicitada no se refiere a datos especialmente protegidos"[27]. Sostiene el Tribunal que, en virtud de la DA 5 ª LTAIBG, resultan de aplicación los Criterios Interpretativos emitidos de manera conjunta por la AEPD y el CTBG[28], CI /001/2015, de 24 de junio, respecto de "los

23. Éstos también son objeto de una referencia expresa en el Preámbulo de la LTAIBG –apdo. III–, de modo que, "se protegen –como no puede ser de otra manera– los datos que la norma califica como especialmente protegidos, para cuyo acceso se requerirá, con carácter general, consentimiento expreso del titular" (Troncoso Reigada, 2017: 1038).

24. Datos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la anterior Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

25. Artículo 7.2 y 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, ya derogada, cuyo contenido se encuentra actualmente en los artículos 9 –categorías especiales de datos– y 10 –tratamiento de datos de naturaleza penal– de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos.

26. El interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada.

27. El TS basó su argumentación en la Ley Orgánica 15/1999 que puede trasladarse a la actual Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos.

28. De conformidad con lo señalado en el artículo 38.2.a) LTAIBG, corresponde a la Presidenta del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno la adopción de criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la Ley; atribución reiterada en el artículo 8.2.b) del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de dicho órgano. Una competencia que se concreta en la emisión de directrices o recomendaciones, valiosas por su carácter informador en una materia novedosa, aunque sujetas, en última instancia, a la interpretación posterior de la jurisprudencia.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo, catálogos, plantillas orgánicas y sobre retribuciones de sus empleados o funcionarios" (STS 852/2020, FJ 3). En este sentido, el CI/001/2015 analiza los distintos supuestos para determinar un grado de accesibilidad "decreciente en función del nivel jerárquico del empleado o funcionario público", y del interés público en la divulgación de la información[29].

Conforme a las reglas del mencionado Criterio Interpretativo –las que se aplicaron en la resolución impugnada del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de 15 de marzo de 2017, y que ahora confirma el TS– "prevalece el interés público en relación al personal directivo y al personal que ocupa niveles de jerarquía basados en la discrecionalidad" (STS 852/2020, FJ 3). Siendo la corporación RTVE una sociedad mercantil 100% pública y financiada con cargo a los presupuestos generales del Estado, el conocimiento de la organización y, en general, del funcionamiento de las instituciones públicas y del uso de los recursos públicos, justifica la prevalencia del derecho de acceso a la información, sobre los intereses privados de los afectados, los directivos de la RTVE. Con carácter general, en materia de información referida a puestos de trabajo de funcionarios y empleados públicos, considera el Tribunal que "se trata de datos meramente profesionales" –la relación de puestos y cargos desempeñados– "que tienen un carácter esencialmente público" (STS 1338/2020, FJ 4).

El derecho de acceso a la información pública colisiona, en muchas ocasiones, con el derecho a la protección de datos personales. La aplicación más o menos restrictiva de este límite al ejercicio del derecho de acceso, dependerá del grado de protección conferido a la información solicitada, así como del papel que la misma desempeñe en el proceso de formación de la opinión pública. Así, tal y como se desprende del CI/001/2015 y de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, cuanto más estrecho sea el vínculo existente entre los datos solicitados y el conocimiento de la gestión de los asuntos públicos, mayor será la tendencia a favorecer el acceso, por encima del derecho de los afectados.

2. Confidencialidad o secreto de las deliberaciones

Otro de los límites al derecho de acceso a la información contemplados en la LTAIBG sobre el que ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo en fechas recientes es el relativo a la confidencialidad o el secreto en la toma de decisiones (artículo 14.1.k)[30], que es considerado como el más indeterminado de todos los relacionados en ese precepto (Rebollo Delgado, 2017: 794). En concreto, nos referimos a la STS 235/2021, de 19 de febrero, (asunto Autoridad Portuaria A Coruña) con origen en la petición de un particular que solicitaba el acceso a las actas y acuerdos de los consejos de administración de la Autoridad Portuaria de A Coruña correspondientes a los años 2015 a 2018. Para desestimar esa petición, la entidad pública alegó que esa información no podía ser objeto

29. Así, el Preámbulo de la Ley declara que "sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones, podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda la participación de los poderes públicos".

30. En el ámbito del Derecho de la Unión, es posible encontrar una regulación muy semejante en el Reglamento (CE) 1049/2001, que en su artículo 4.3 dispone: "Se denegará el acceso a un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior. Se denegará el acceso a un documento que contenga opiniones para uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión, si la divulgación del documento perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior".

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de divulgación en amparo de una de las excepciones contempladas en la LTAIBG: garantía de confidencialidad o secreto requerido en la toma de decisiones (artículo 14.1.k).

Interpretando el sentido de esa restricción legal, el Tribunal Supremo esclareció que "salvo que las sesiones sean públicas, el debate previo a la toma de decisión debe preservarse del conocimiento público, manteniendo una cierta reserva y confidencialidad como garantía del correcto funcionamiento del órgano y de la libertad de sus miembros en su actuación interna" (STS 235/2021, FJ 3). Esta consideración la hace igualmente extensiva, en respuesta a las alegaciones de la parte recurrente, a las reuniones ya concluidas:

> Esta conclusión es aplicable aun cuando la reunión ya se hubiese celebrado y el procedimiento ya hubiese finalizado, pues una decisión que permite acceder libremente a las opiniones y manifestaciones realizadas por los miembros de un órgano colegiado en procedimientos ya concluidos se proyectaría sobre el comportamiento futuro de este mismo órgano en la medida en que los integrantes serían conocedores que lo manifestado en estas reuniones podría hacerse público en un futuro inmediato, coartando así su libertad en futuras discusiones o deliberaciones (STS 235/2021, FJ 3).

Sentadas estas premisas, el punto central del debate gira en torno a la posible relevancia de la distinción entre actas y acuerdos a los efectos de consentir el acceso a los documentos solicitados. No existe controversia en cuanto a la inoperancia del límite consagrado en el artículo 14.1.k) respecto a los acuerdos de las reuniones, que se limitan a reflejar la decisión colegiada adoptada y su motivación.

Por el contrario, es más discutible si revelar el contenido de las actas podría vulnerar esa disposición en la medida en que puedan expresarse en ellas opiniones y manifestaciones de los integrantes de las reuniones. El Tribunal Supremo concluyó que las actas de las reuniones de un órgano colegiado no pueden quedar amparadas por la garantía de confidencialidad o secreto de las deliberaciones porque "no recogen, como contenido mínimo necesario, las discusiones y deliberaciones íntegras ni las opiniones manifestadas por cada uno de los miembros, sino tan solo "los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados"" (STS 235/2021, FJ 4).

3. Función de prevención, control, investigación y sanción de ilícitos

Los apartados *e)* y *g)* del artículo 14 LTAIBG consagran dos límites al derecho de acceso a la información para cuya aplicación es fundamental conocer la interpretación de los tribunales. El primer límite hace referencia a la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios[31] y el segundo pretende salvaguardar las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control[32]. Ambas restricciones merecen ser abordadas de forma conjunta puesto que están orientadas a

31. Este límite comprende un amplio elenco de funciones desempeñadas por múltiples órganos de la Administración Pública, puesto que la prevención engloba "aquellas acciones y medidas dirigidas a evitar o impedir un comportamiento constitutivo de ilícito penal, administrativo o disciplinario"; la investigación hace referencia a los actos "que se pueden llegar a realizar a lo largo de la fase de instrucción" y la sanción abarca tanto "la imposición de las sanciones" como "su posterior ejecución" (Contreras Soler, 2017: 104-7).

32. La inspección abarca el "conjunto de medidas coactivas que utiliza la Administración para que los particulares ajusten su actividad a una finalidad de utilidad pública", de modo que es una actividad que "se realiza ocasionalmente" y con una naturaleza "más preventiva que represiva", mientras que la vigilancia consiste "en velar por el cumplimiento de las leyes de una forma permanente". Por su parte, la función de control "supone tener la potestad de ordenar, si se tercia, correctivos necesarios para subsanar cualquier posible situación incorrecta, o errónea, que comporte un desvío económico o administrativo" (Romera Santiago, 2017: 139).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

proteger un mismo interés jurídico: asegurar el buen fin de las acciones y medidas emprendidas por la Administración para ejercer con eficacia sus funciones. Contreras Soler (2017: 107) y Rebollo Delgado (2017: 790) advierten que estos dos límites también protegen indirectamente las garantías previstas en el artículo 24.2 CE –presunción de inocencia, principio de legalidad, principio acusatorio, audiencia del interesado, publicidad, derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa...– que resultan de aplicación tanto para los procesos penales como para los procedimientos administrativos sancionadores y que procuran, no sólo el correcto desarrollo de los mismos de acuerdo con el principio de igualdad de armas procesales, sino también la salvaguarda de los derechos de los incursos en dichas causas.

En el desempeño de estas actuaciones de la administración es habitual el tratamiento de información sensible relativa a los métodos de inspección, a la instrucción de procesos judicializados, a la organización o estructura del servicio que ejerce estas funciones, etc. por lo que es primordial asegurar la confidencialidad, aunque sea temporal, de determinada información con el fin de procurar el equilibrio entre la obligación de ser transparente y la efectividad de la intervención pública (Romera Santiago, 2017: 147). El criterio de la temporalidad a la hora de interpretar los límites del artículo 14 no aparece consagrado de forma expresa en la LTAIBG, pero sí se especifica en el apartado tercero del artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. Este criterio resulta particularmente útil respecto a los dos límites objeto de análisis porque posibilita el acceso transcurrido cierto periodo de tiempo desde la producción de la información administrativa; es decir, permite divulgar la información cuando el riesgo o amenaza para los intereses jurídicos protegidos ya se ha extinguido (Guichot Reina, 2014: 119-20).

Puesto que ambos límites están definidos de manera muy amplia y el artículo 14.2 LTAIBG condiciona su aplicación atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se hace necesario concretar el alcance de los mismos a partir de las dos sentencias que, hasta el momento, han obligado al Tribunal Supremo a ponderar el derecho de acceso a la información con el pretendido interés jurídico de la Administración en relación con el adecuado ejercicio de sus funciones[33]. En las SSTS 748/2020 (caso AEAT I) y 1338/2020 (caso AEAT II) la Junta de Personal de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Valencia solicita información sobre diversos aspectos relativos al colectivo de funcionarios y a los criterios de reparto de la productividad entre ellos, peticiones que se enmarcan dentro del ejercicio de las funciones de representación que dicho órgano tiene legalmente asignadas (art. 40 EBEP). Estas peticiones de información son rechazadas por la AEAT y el Abogado del Estado sostiene la aplicación de los citados límites argumentando que el nivel de detalle de los datos solicitados posibilitaría la identificación de particulares o empresas sobre las que se pretende actuar, lo que en último término impediría la eficaz intervención de los poderes públicos.

El Tribunal Supremo inicia su respuesta a esta alegación del Abogado del Estado refiriéndose al alcance de las obligaciones de publicidad activa que deben asumir las Administraciones Públicas de conformidad con lo establecido en la LTAIBG. En este sentido, arguye que el artículo 6.2 ordena la publicación de los objetivos concretos perseguidos por los diversos entes públicos y su grado de cumplimiento, así como las diversas actividades, medios y el tiempo previstos para la consecución de los mismos; por otro lado, el artículo 8 también regula la publicación de diferentes cuestiones relativas a la

33. Puesto que se trata de dos límites de carácter material y de naturaleza relativa, es preciso realizar un juicio de valor para determinar si debe prevalecer la regla general favorable al acceso o si, por el contrario, y atendiendo a las concretas circunstancias del caso, es más importante proteger la eficacia de la actuación administrativa (Araguàs Galcerà, 2017: 23).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

información económica, presupuestaria y estadística, entre las que cabe destacar "las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título". Con fundamento en estas disposiciones normativas, el Tribunal Supremo constata que "la transparencia y publicidad tanto de los objetivos perseguidos por un ente público y su grado de cumplimiento como de los criterios de distribución de los fondos públicos, en este caso relacionados con el reparto de la retribución por productividad entre los empleados, tiene especial importancia para la ley" (STS 748/2020, FJ 3 y STS 1338/2020, FJ 3). En consecuencia, si la información solicitada por la Junta de Personal se refiere a una serie de aspectos cuya publicidad y transparencia resultan especialmente relevantes para el legislador, sólo se podrán aceptar restricciones cuando éstas se fundamenten en un supuesto legal debidamente acreditado, proporcionado y limitado por su objeto y finalidad.

Así pues, a la hora de comprobar el límite invocado por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo concluye que la información solicitada no dificulta ni impide la represión de ilícitos tributarios o las funciones de inspección, vigilancia y control de la AEAT:

> Es cierto que la información solicitada pretende obtener un mayor grado de detalle, en cuanto aparece referida a las distintas áreas, unidades, equipos y secciones de la delegación, pero se trata de objetivos referidos a ejercicios anteriores o al año en curso y no a objetivos futuros que puedan dificultar o impedir la investigación y control del fraude fiscal de posteriores ejercicios (STS 748/2020, FJ 3).

Los magistrados advierten que los datos requeridos por la Junta de Personal corresponden a ejercicios fiscales anteriores; por tanto, no está justificada la limitación del derecho de acceso porque el riesgo de obstrucción en el desarrollo de la actividad inspectora sólo puede tener lugar si la información solicitada versa sobre ejercicios futuros que todavía no han sido objeto de la correspondiente fiscalización por parte de la Agencia Tributaria. Puesto que los datos requeridos afectan a ejercicios fiscales para los que la actividad investigadora ya ha finalizado, la Administración está obligada a proporcionar dicha información ante la inexistencia de un peligro cierto para el correcto desempeño de las labores de persecución contra el fraude fiscal.

Mediante la incorporación del criterio temporal –denegar o no el acceso dependiendo de si la información afecta a ejercicios fiscales pasados, presentes o futuros–, la fundamentación jurídica de las dos sentencias analizadas satisface el deber de procurar el acceso más amplio posible y cumple con el parámetro interpretativo general que restringe la aplicación de los límites alegados. Asimismo, y desde nuestro punto de vista, esta casuística delimita de una manera muy razonable el alcance de los límites relativos a la persecución y sanción de ilícitos, puesto que únicamente ampara la confidencialidad transitoria de aquella información que amenace el buen fin de investigaciones que estén en curso o que vayan a desarrollarse en el futuro.

V. CAUSAS DE INADMISIÓN DE LAS SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Con mayor o menor intensidad son varias de las sentencias examinadas en este texto las que entran a valorar la interpretación de causas de inadmisión[34]. Por el momento

34. Las causas de inadmisión que contempla el artículo 18 LTAIBG corresponden a las solicitudes que versen sobre información en curso de elaboración o publicación general; que tenga carácter auxiliar o de apoyo; que precise una acción previa de reelaboración para su divulgación, las solicitudes que se dirijan a un órgano que no tenga la información y se desconozca el competente; y las que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

no se dispone de una doctrina jurisprudencial que abarque todas ellas, por lo que nos centraremos sólo en las que han sido principalmente tratadas.

1. Inadmisión de solicitudes que requieren de una acción de reelaboración

Sobre esta causa de inadmisión, la STS 306/2020, de 3 de marzo (caso viajes Casa Real) delimita claramente cuando se puede aplicar la causa de inadmisión por requerir una acción previa de reelaboración[35]. Para ello, el TS requiere de la construcción de dos categorías que permitan distinguir con nitidez entre las operaciones mínimas que son necesarias para facilitar cualquier información que está disponible, de las que conllevarían efectivamente una reelaboración.

Por un lado, estaría la acción básica o general –que no conlleva la inadmisión y corresponde a las tareas inherentes a cualquier suministro de información– que "puede comprender una cierta reelaboración"[36]. Por otro lado, la reelaboración que produciría la causa de inadmisión requiere tener como rasgo la existencia de complejidad. Sin llegar a delimitar con detalle los criterios que se pueden utilizar para dilucidar qué entendemos por complejidad, el TS dictamina que en este caso concurre la causa de inadmisión teniendo en cuenta las operaciones que conllevaría el acceso –reunir información dispersa, ordenar y sistematizar y adaptar desde diferentes formatos– y que se ilustran a través del siguiente pasaje de la sentencia:

> Pues se trata de volver a elaborar a partir de una información pública dispersa y diseminada, mediante una labor consistente en recabar, primero; ordenar y separar, después, lo que es información clasificada o no; sistematizar, y luego, en fin, divulgar tal información. Además, incluso la información del Ministerio de Defensa, teniendo en cuenta que la solicitud alcanza hasta el año 1976, se encuentra en diferentes soportes, tanto físicos como informáticos que precisan también de una previa reelaboración (STS 306/2020, FJ 5).

En la misma línea, la necesidad de reelaboración es lo que lleva al alto Tribunal en su STS 1519/2020 (caso Correspondencia penitenciaria) a otorgar un acceso parcial a la información solicitada conforme al derecho, "al no extenderse a la realización por la administración demandada" de una serie de tareas relacionadas con correlacionar correspondencia entregada y remitida, "pues dicha correlación exige la elaboración por la administración de una información no preexistente", por lo que se ordena facilitar la información "a fin de permitir que el recurrente por sí mismo efectúe dicha correlación" (STS 1519/2020, FJ 5).

En definitiva, se va construyendo una doctrina jurisprudencial que tiene en consideración la preexistencia de la información y el grado de complejidad que requiere la agregación de información, de modo que la causa de inadmisión se va delimitando con respecto a la exclusión de cualquier reconocimiento implícito de obtener informes a

35. No obstante, en la mencionada STS 1547/2017, de 16 de octubre (caso Eurovisión 2015) se trataba esta causa de denegación. Como se indicó *ut. supra* el Tribunal entiende que es necesario justificar que se produce el supuesto de inadmisión alegado, extremo que no lleva a efecto la recurrente, porque ante esta falta de justificación, el TS da por asentado que la información solicitada debe estar en la contabilidad de RTVE descartando su concurrencia: "nada indica que el tipo de información que se solicitaba requiriese algún tipo reelaboración salvo, en su caso, la mera suma de las diversas partidas de gastos; y, en todo caso, la parte recurrente no ha aportado prueba o justificación alguna de que resultase necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información" (STS 1547/2017, FJ 4).

36. En la STS 454/2021, de 25 de marzo (caso Puentes de Ferrocarril) se expresa claramente que, cuando haya información que deba suprimirse o anonimizarse porque está afectada por algún límite, no se puede considerar que suponga una acción de reelaboración. Afirma el Tribunal que "no puede confundirse el establecimiento de restricciones de acceso a la información pública, como la supresión o anonimización de los datos, con un supuesto de reelaboración" (FJ 2).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

la carta (Fernández Salmerón y Sierra Rodríguez, 2019: 73) en la línea que ya expresaba el CTBG en su criterio interpretativo 7/2015, de 12 de noviembre[37]. El concepto de información pública, como han destacado diversos autores (García Muñoz, 2019), también incluye la información en poder de los sujetos obligados, aunque se encuentre dispersa, sin perjuicio de que no sea posible tal consideración cuando implica la necesidad de elaborar o generar propiamente los datos solicitados.

2. Inadmisión de solicitudes dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información

Con relación a esta causa, la cuestión objeto de interés casacional en la STS 306/2020, de 3 de marzo (caso viajes Casa Real) se refiere a la aclaración de quién debe buscar al órgano que posee la información, una vez recibida una solicitud de información por la Administración cuando ésta no posea la información.

Esta necesidad de aclaración viene derivada de la previsión del artículo 18.2 LTAIBG que indica que en caso de inadmisión por esta causa, el acuerdo de inadmisión "deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud"; mientras que en el artículo 19.1 LTAIBG –dentro de la regulación de la tramitación – se indica que si la información solicitada no obra "en poder del sujeto al que se dirige, éste la remitirá al competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante".

Así, los términos de la disyuntiva que se examina es si debe ser la Administración la que debe dirigir y/o buscar al que disponga de la información; o si debe recaer en el solicitante la carga de búsqueda, localización y remisión de información al órgano competente.

El TS viene a resolver que en ninguno de los dos supuestos se obliga al solicitante, sino que se debe actuar conforme a las reglas de la Ley que "obliga al órgano ante el que se presenta la solicitud a indicar quien es, a su juicio, el órgano competente, o bien a remitirlo al competente". En el primer supuesto, derivado de la aplicación de la causa de inadmisión, "en estos casos de desconocimiento basta con aventurar una conclusión lógica sobre qué órgano sea el competente" para dar cumplimiento a la obligación de indicar quien puede ser (STS 306/2020, FJ 7). En el segundo caso, si se ha admitido la solicitud y es entonces cuando se observa que no se dispone de la información, el TS se limita a reiterar que será el órgano el que deberá remitirlo al que posea la información.

3. Inadmisión de solicitudes de carácter abusivo en virtud de la finalidad de la LTAIBG

Finalmente se aborda la causa de inadmisión basada en solicitudes abusivas no justificadas con la finalidad de la Ley. En el caso sobre la Correspondencia penitenciaria – STS 1519/2020 referido *ut supra*– la Administración trató de argumentar que procedía la inadmisión al tratarse de una motivación de interés privado, y que ésta no tendría justificación de acuerdo a la finalidad de la LTAIBG, por lo que sería aplicable la causa de inadmisión del artículo 18.1 *e)* respecto al inciso "tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley"[38]. La STS dictamina que el

37. Criterio Interpretativo C//007/2015, de 12 de noviembre, sobre las causas de inadmisión relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una accesión previa de reelaboración.

38. Este artículo también incorpora "que sean manifiestamente repetitivas" como causa de inadmisión, pero este extremo no fue objeto de controversia en la sentencia aludida.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

literal mencionado requiere que produzcan simultáneamente dos requisitos -y no solo uno- para que se pueda considerar que se produce la causa de inadmisión:

> exige el doble requisito de carácter abusivo de la solicitud y falta de justificación en la finalidad de transparencia de la ley, sin que ninguna de las resoluciones denegatorias del acceso haya siquiera contemplado la concurrencia del requisito de la conducta abusiva, que no puede apreciarse en este caso (STS 1519/2020, FJ 4).

De este modo, al faltar el carácter abusivo no se podría considerar que se incurriese en inadmisión, con independencia de que la motivación para la formulación de la solicitud de acceso fuese la satisfacción de un interés privado.

VI. EPÍLOGO

El repaso a la jurisprudencia analizada nos permite constatar el amplio alcance del que se va dotando al derecho de acceso, abarcando a la información anterior a la LTAIBG que obre en manos de las administraciones públicas y amparando aquellas solicitudes que están motivadas en un interés privado cuando sean compatibles con las finalidades de contribuir a la transparencia y al control de lo público.

No obstante, el derecho de acceso a la información pública se incardina en el procedimiento administrativo común, y por ello, se impone el respeto al marco competencial y no es posible su convivencia con disposiciones autonómicas que quieran dotarle de un mayor alcance cuando entren en una clara contradicción con la regulación de la LTAIBG. Por otra parte, sí será posible acudir a regímenes especiales de acceso, pero para ello se debe cumplir con un estándar mínimo regulatorio para que se pueda considerar que existe un régimen alternativo completo, en cuyo defecto regiría la LTAIBG.

Paulatinamente vamos observando cómo la jurisprudencia va delimitando los contornos del ejercicio del derecho de acceso a la información pública y de su tramitación. Se va configurando como un derecho expansivo ante el que no cabe la imposición de límites y causas de inadmisión que no estén recogidas en la ley y que en caso de estarlo deben ser interpretados de manera restrictiva. Del mismo modo, cualquier pretensión de aplicar los límites y causas de inadmisión deben estar necesariamente justificados y alegados, por lo que también se pone el énfasis en la importancia de contar con todos los elementos de juicio a través de los trámites de alegaciones de terceros.

En definitiva, se camina lentamente hacia una mayor certeza y seguridad de lo que comprende el derecho de acceso a la información pública, su procedimiento de ejercicio y la tramitación de sus solicitudes. Es esperable que el acervo jurisprudencial siga ampliándose, dada la ligitiosidad entre las administraciones esquivas a dar información y los órganos de garantía del derecho de acceso –el CTBG y los de ámbito autonómico– y que, posiblemente, el paso del tiempo termine dotando al derecho de acceso de una consideración cada vez más cercana a la que tendría un derecho fundamental, tal y como han ido haciendo otros órganos jurisdiccionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGUÀS GALCERÀ, Irene (2017): "Los límites al acceso a la información en el ordenamiento jurídico español. Su tratamiento en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en la legislación autonómica de transparencia", en: AA.VV., Los límites al derecho de acceso a la información pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 21-36.
- BADULES IGLESIAS, Darío (2019): "Sobre el sentido del silencio en las leyes de transparencia de España. A propósito de la STC 104/2018, de 4 de octubre, sobre nulidad del precepto autonómico que establece el silencio positivo para las peticiones de acceso a la documentación administrativa", en: Anuario Aragonés del Gobierno Local, núm. 10, pp. 533-47.
- BLANES CLIMENT, Miguel Ángel (2017): "Artículo 24. Reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno", en: Troncoso Reigada, A. (dir.), Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, pp. 1395-1422.
- BLANES CLIMENT, Miguel Ángel (2018): "El silencio positivo en las leyes autonómicas de transparencia es inconstitucional por invadir la competencia estatal: STC 4/10/2018", en: Blog de Transparencia y Gobierno Abierto. Recuperado el 13 de abril de 2021, (https://miguelangelblanes.com/2018/10/18/el-silencio-positivo-en-las-leyes-autonomicas-de-transparencia-es-inconstitucional-por-invadir-la-competencia-estatal-stc-4-10-2018/).
- BLANES CLIMENT, Miguel Ángel (2020): "El interés privado o particular no es un límite al derecho de acceso a la información pública", en: Blog de Transparencia y Gobierno Abierto. Recuperado el 13 de abril de 2021, (https://miguelangelblanes.com/2020/12/16/el-interes-privado-o-particular-no-es-un-limite-al-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica/).
- CONTRERAS SOLER, Beatriz (2017): "La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios", en: AA.VV., Los límites al derecho de acceso a la información pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 103-17.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2017): "El Derecho fundamental de acceso a la información pública", en: Cuadernos Manuel Giménez Abad, núm. 13, pp. 188-202.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2020): "El trámite de alegaciones por parte de terceros en el derecho de acceso a la información pública", en: Revista Española de la Transparencia, núm. 11, pp. 31-43.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María (2020): El derecho de acceso a la información pública en España. 2ª Ed. Navarra: Aranzadi.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (2021): "Transparencia y buen gobierno", en: Revista General de Derecho Administrativo, núm. 56, pp. 1-25.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2014): "Procedimiento administrativo e información del sector público", en: Valero Torrijos, J. y Fernández Salmerón, M. (coords.), Régimen Jurídico de la transparencia en el sector público. Pamplona: Aranzadi, pp. 281-321.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel y SIERRA RODRÍGUEZ, Javier (2019): "Inadmisión y necesidad de reelaboración ante el derecho de acceso a la información pública", en: Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 11, pp. 56-74.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- GARCÍA MUÑOZ, Óliver (2017): "La protección de los datos de carácter personal", en: AA.VV., Los límites al derecho de acceso a la información pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 227-260.
- GARCÍA MUÑOZ, Óliver (2019): "El concepto de información pública en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y en la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", en: Revista Española de la Transparencia, núm. 9, pp. 69-96.
- GUICHOT REINA, Emilio (coord.) (2014): Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Madrid: Tecnos.
- GUICHOT REINA, Emilio y BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (2020): El Derecho de Acceso a la Información Pública. Valencia: Tirant lo blanch.
- ROLLNERT LIERN, Göran (2014): "El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: Una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia", en: Teoria y Realidad Constitucional, núm. 34, pp. 349-368.
- MARTÍN DELGADO, Isaac (2020): "Análisis de la litigiosidad administrativa y contenciosoadministrativa en materia de transparencia", en: Díez Sastre, S. (dir.), Informe sobre la Justicia Administrativa 2020. Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa, Universidad Autónoma de Madrid, pp. 295-348.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto (2017): "Comentario al artículo 14 i) y j) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno", en: Troncoso Reigada, A. (dir.), Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, pp. 395-357.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio (2017): "Estudio de los límites en la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", en: Troncoso Reigada, A. (dir.), Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, pp. 768-801.
- ROMERA SANTIAGO, Núria (2017): "Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control", en: AA.VV., Los límites al derecho de acceso a la información pública. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp.117-134.
- SÁNCHEZ de DIEGO FERNÁNDEZ de la RIVA, Manuel y SIERRA RODRÍGUEZ, Javier (2020): "Retos para una agenda de la transparencia", en: AA.VV., Transparencia y participación para un gobierno abierto. Madrid: Wolters Kluwer, pp. 21-48.
- SERNA BILBAO, María Nieves de la (2017): "Artículo 19. Tramitación", en: Troncoso Reigada, A. (dir.), Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, pp. 1247-1280.
- SIERRA RODRÍGUEZ, Javier (2019): "Competencia estatal y silencio administrativo autonómico", en: Revista Actualidad Administrativa. Especial Transparencia y lucha contra la corrupción, núm. Extra 1.
- MORETÓN TOQUERO, Arancha (2014): "Los límites al derecho de acceso a la información pública", en: Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 33, pp. 1-24.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio (2017): "Artículo 15. Protección de datos personales", en: Troncoso Reigada, A. (dir.), Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, pp. 958-1078.
- VALENCIA MARTÍN, Germán (2019): "Silencio administrativo común y especial", en: Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 53, pp. 14-89.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

- STC 104/2018, de 4 de octubre.
- STS 1547/2017, de 16 de octubre (núm. de recurso 75/2017), caso Eurovisión 2015.
- STS 1768/2019, de 16 de diciembre (núm. de recurso 316/2018).
- STS 306/2020, de 3 de marzo (núm. de recurso 600/18), caso Viajes Casa Real.
- STS 748/2020, de 11 de junio (núm. de recurso 577/2019), caso AEAT I.
- STS 852/2020, de 22 de junio (núm. de recurso 7550/2018), caso Retribuciones CRTVE.
- STS 1338/2020, de 15 de octubre (núm. de recurso 3846/2019), caso AEAT II.
- STS 1519/2020, de 12 de noviembre (núm. de recurso 5239/2019), caso Correspondencia penitenciaria.
- STS 1565/2020, de 19 de noviembre (núm. de recurso 4614/2019), caso CNMV I.
- STS 1817/2020, de 29 de diciembre (núm. de recurso 7045/2019), caso CNMV II.
- STS 235/2021, de 19 de febrero (núm. de recurso 1866/2020), caso Autoridad Portuaria.
- STS 315/2021, de 8 de marzo (núm. de recurso 2859/2019), caso Audiencia interesados.
- STS 454/2021, de 25 de marzo (núm. recurso 2578/2020), caso Puentes de Ferrocarril. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

ANÁLISIS DEL ROL DE LA ESTUPIDEZ EN LA POLÍTICA DESDE EL PENSAMIENTO DE CIPOLLA. LOS CASOS BRITÁNICO Y CATALÁN

ANALYSIS OF THE ROLE OF THE STUPIDITY IN POLITICS FROM CIPOLLA´S THINKING. THE CATALAN AND BRITISH CASES

por Alfredo Ramírez Nárdiz
Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Libre, Barranquilla, Colombia

Cómo citar este artículo / Citation:
Ramírez Nárdiz, Alfredo (2021):
Análisis del rol de la estupidez en la política desde el pensamiento de cipolla.
Los casos británico y catalán, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 21.
DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0112

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

RESUMEN

En estas líneas se propone una definición y evaluación de la influencia de la estupidez en la política. Se parte de la obra *Las leyes fundamentales de la estupidez humana* de Cipolla y, desde dos casos, el referéndum británico de 2016 y el proceso independentista catalán de 2017, se analiza la estupidez como elemento digno de ser tenido en cuenta a la hora de valorar las decisiones tomadas por gobernantes y ciudadanos. Se exponen las acciones y los efectos de los dos procesos políticos citados para, desde ellos, definir la estupidez política y al estúpido político y saber si sus protagonistas son estúpidos desde las categorías de Cipolla. Asumiendo las limitaciones que implica el *animus iocandi* de la obra de Cipolla, este texto se sirve de ella al considerarla útil y original al caracterizar la estupidez no como un concepto de valoración subjetiva, sino objetivable en función del criterio de beneficios y perjuicios. Se concluye que la estupidez debe tenerse en cuenta como un elemento relevante al elaborar juicios sobre las decisiones de los actores políticos.

Palabras Clave: Estupidez, política, Reino Unido, Cataluña, Cipolla.

ABSTRACT

These lines propose a definition and evaluation of the influence of stupidity in politics. It is started from the paper *The basic laws of human stupidity* of Cipolla and, on two cases, the British referendum of 2016 and the independence process of Catalonia of 2017, it is analysed the stupidity as relevant element to be considered when valuing decisions taken by rulers and peoples. In this paper are exposed the actions and effects of both political processes named to, from them, define the political stupidity and the political stupid and to know if their main characters are stupid from Cipolla´s categories. Assuming the limitations implied by the *animus iocandi* of Cipolla's work, this text uses it when considering it useful and original in characterizing stupidity not as a concept of subjective assessment, but objectifiable based on the criteria of benefits and damages. It is concluded that stupidity must be valued as a relevant element when making judgments on the decisions of political actors.

Keywords: Stupidity, politics, United Kingdom, Catalonia, Cipolla.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

I. INTRODUCCIÓN

La estupidez rara vez es valorada como un elemento significativo en teoría política. Cuando se teoriza acerca de las sociedades, qué las hace surgir, asumir uno u otro modelo de convivencia y evolucionar, es habitual achacar las acciones humanas a multitud de razones entre las cuales rara vez se escucha la estupidez de los actores implicados como causa y motivo del devenir de los acontecimientos. Se pueden atribuir las transformaciones políticas a la voluntad de los pueblos, a la de sus líderes, a la de una minoría dirigente, o a la de una mayoría movilizada, pero siempre se asume que, si dichos sujetos tomaron dichas decisiones, por ejemplo, comenzar una revolución o elaborar un pacto constitucional, lo hicieron movidos por razones perfectamente comprensibles por la razón humana, fueran estas razones políticas, económicas, religiosas o de cualquier otro tipo. La idea de que las acciones del hombre no estén movidas por otra fuerza más allá de su estupidez, o que ésta tenga como mínimo un rol en las mismas repele a la razón, pues supone situar el comportamiento humano fuera de los márgenes de toda comprensión racional.

La estupidez es un tabú. En los análisis sobre un hecho político, por ejemplo, un proceso constituyente, se tratará de explicar por qué el mismo se desarrolló de esta y no de aquella manera en función de razones políticas, económicas, religiosas, sociales, culturales, históricas y hasta puede que medioambientales, pero nunca se recurrirá a la estupidez como explicación, siquiera parcial, del proceso a analizar. Se considerará que, si se optó por una u otra Constitución, se debió a la estructura económica y de poder existente en el país, a los acuerdos entre las diferentes élites, a las necesidades del pueblo, etc. Por supuesto, se valorará el capital humano, esto es, la calidad intelectual (y hasta moral) del constituyente, tanto del ciudadano que vota, como del legislador que propone y redacta la norma. Pero lo que rara vez se escuchará será atribuir un artículo mal redactado o una norma perjudicial a la estupidez de los que la elaboraron y aprobaron. A la falta de preparación, sí. A la estupidez, no. A un error, tal vez, pero no a la estupidez. La estupidez parece una broma. Su mera consideración como explicación de un complejo fenómeno social o político casi se asume como una burla.[1] Sin embargo, nunca se duda de la inteligencia. No se pone en tela de juicio las sobresalientes aptitudes de un líder para tratar de comprender una transformación política. Así, se puede asumir que el éxito de EEUU se debe en gran medida a la arquitectura jurídica elaborada por hombres como Hamilton, pero cuesta más afirmar que el derrumbe de la Alemania Nazi tal vez no tuvo otra razón que la estupidez de su líder. Pero si se acepta el mérito y la capacidad sobresalientes como explicación, siquiera parcial, para el progreso social, también hay que aceptar la estupidez como idéntica explicación, igualmente parcial, para el fracaso de un proyecto político.

Así pues, y dado que los análisis no son muy abundantes (por citar una gran recopilación doctrinal sobre la materia: Enkvist, 2006), resulta de interés plantearse: ¿Qué es la estupidez política? ¿Qué es en política un estúpido? ¿Juega la estupidez en política un rol relevante y, si es así, hasta dónde pueden llegar sus efectos? Para responder estas preguntas se opta por utilizar como punto de partida el ensayo de Cipolla titulado *Las leyes fundamentales de la estupidez humana,* particularmente la definición que el autor da del estúpido. Desde las tesis de Cipolla se asume una hipótesis inicial, cual es que la estupidez existe, que hay estúpidos, que están homogéneamente distribuidos en los distintos grupos de la sociedad (sexos, razas o estratos sociales) y que sus acciones tienen consecuencias en las vidas de los otros. A continuación, se desarrollan dos casos

1. Recuérdese a Erasmo (2005: 115) cuando decía que la necedad «es la que engendra las naciones, conserva los imperios, las leyes, la religión, las asambleas y los tribunales, porque la vida humana no es otra cosa que un juego de necios.»

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

específicos: el referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea de 2016 y el proceso independentista de Cataluña, particularmente sus sucesos de 2017. Reseñadas las circunstancias y efectos de ambos casos, se aplican las tesis de Cipolla a los mismos intentando plantear unas hipotéticas categorías concretas propias del ámbito político desde las categorías generales de Cipolla. Esto es, si existen la estupidez y el estúpido políticos y cuáles son el rol y los efectos de la estupidez en política. Con este texto no se pretende establecer afirmaciones absolutas, pues es evidente que carecería de sentido hacerlo sirviéndose del análisis de sólo dos casos y partiendo de la obra de un autor específico, pero sí se busca proponer respuestas a las preguntas planteadas en el marco de una invitación al debate acerca de si la estupidez es o no un elemento relevante en el desarrollo político.

II. LAS LEYES FUNDAMENTALES DE LA ESTUPIDEZ HUMANA DE CIPOLLA

En su obra *Las leyes fundamentales de la estupidez humana* Cipolla (2014: 51-85) enumera las para él cinco leyes que caracterizan la estupidez:

1. Siempre e inevitablemente cada uno de nosotros subestima el número de individuos estúpidos que circula por el mundo.

2. La probabilidad de que una persona determinada sea estúpida es independiente de cualquier otra característica de la misma persona.

3. Una persona estúpida es una persona que causa un daño a otra persona o grupo de personas sin obtener, al mismo tiempo, un provecho para sí, o incluso obteniendo un perjuicio.

4. Las personas no estúpidas subestiman siempre el potencial nocivo de las personas estúpidas.

5. La persona estúpida es el tipo de persona más peligrosa que existe. Cuyo corolario sería: El estúpido es más peligroso que el malvado.

Posiblemente, la más significativa de estas leyes sea la tercera, pues no sólo es la que define al estúpido, sino que hace de la estupidez algo objetivo y comprobable. Para Cipolla el estúpido es aquel que, sin beneficiarse, perjudica tanto a los demás como, incluso, a sí mismo. El estúpido no se caracteriza por su falta de conocimientos sobre una o varias cuestiones, no se le considera tal por lo que sabe o por lo que no sabe, ni mucho menos por la opinión subjetiva de un tercero, sino por un elemento objetivo, esto es, por lo que hace: dañar a otros sin obtener beneficio propio o, incluso, dañándose a sí mismo. Un estúpido se hace tal al actuar. No se puede ser estúpido en potencia. Si se es estúpido, se es en acto. Con ello Cipolla transforma la estupidez de mera valoración subjetiva, o incluso de insulto, en un concepto objetivo. El estúpido no lo es por la opinión de un observador externo, sino por un criterio objetivo: sus actos y los resultados de éstos.

¿Cabría ser estúpido sin llegar a hacer una estupidez? No, para Cipolla. El estúpido lo es por sus actos, no por sus pensamientos. Que se tengan multitud de ideas estúpidas es irrelevante mientras las mismas no se materialicen en actos. El estúpido teórico no sería un auténtico estúpido, nivel éste sólo alcanzando por aquellos que hacen, y no sólo piensan, estupideces. Dado que la estupidez se ve en las obras del estúpido, puede haber muchos estúpidos en potencia que nunca lleguen a ser verdaderos estúpidos por no hacer una estupidez. Sin embargo, basta con que hagan una para descubrirse en

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

su condición, circunstancia ésta que le puede suceder a alguien que nunca haya dado síntomas de estupidez y que se haya conducido durante toda su vida en la más perfecta normalidad. Estos fenómenos, así como la incredulidad y la incapacidad para asumir la estupidez ajena que caracterizan a las personas no estúpidas, llevan a que valorar el número de estúpidos totales sea muy complejo y, por lo general, que se tienda a considerar que hay menos estúpidos de los que realmente hay.

¿Es posible reconducir a los estúpidos? No, indica Cipolla, pues el estúpido nace, no se hace. La estupidez ignora la formación y la preparación. La tercera ley indica que la estupidez es ajena a cualquier circunstancia personal. No entiende ni de condiciones físicas (sexo, raza), ni sociales (riqueza, posición), ni morales. La estupidez está repartida homogéneamente entre todos los grupos sociales. Así, se pueden poseer grandes virtudes como el sentido del deber, la decencia y el amor al trabajo y ser estúpido. Se puede ser de derechas o de izquierdas y ser estúpido. Religioso o ateo. Da igual, pues la estupidez es transversal y cualquiera puede revelarse, en el momento menos sospechado, como un estúpido. Lo cual complica su identificación y dificulta toda medida preventiva.

Del mismo modo que es transversal entre los distintos grupos sociales, la estupidez se mantiene de forma constante entre las distintas épocas y sociedades. No hay sociedades o naciones más estúpidas que otras y, si algunas lo parecen, no es porque haya un mayor número de estúpidos, sino porque la sociedad los tolera más. Siendo el número de estúpidos constante, lo que hace mejorar o empeorar una sociedad es la distribución de los otros grupos sociales. Cipolla distingue cuatro tipos de personas en función de los efectos de sus actos: incautos, inteligentes, malvados y estúpidos. Con sus actos el incauto genera beneficios ajenos aun a costa de sufrir perjuicios propios, el inteligente genera beneficios propios y ajenos, el malvado beneficios propios y perjuicios ajenos y el estúpido perjuicios tanto propios como ajenos. De este modo, mejoran las sociedades en las que el número de inteligentes es lo suficientemente elevado para compensar a los estúpidos y empeoran las sociedades en las que mengua el número de inteligentes y aumenta el de malvados que quieren beneficiarse de los estúpidos y de incautos que caen en sus redes. Si bien Cipolla afirma que el número de estúpidos es constante en cualquier lugar y momento, los otros tres grupos sí que pueden variar; de estas variaciones y de cómo se conjuguen con el número constante de estúpidos dependerá el éxito o el fracaso del todo social.

Para Cipolla la estupidez es mucho más nociva que la maldad. Esto es así porque el malvado obtiene un beneficio de sus actos, el cual, si en términos totales supera el perjuicio causado a terceros, puede suponer que la sociedad como todo aumente su ventaja general. Hecho este que puede ser moralmente reprobable, pero que no es en absoluto inusual o extraño: piénsese en el robo de una idea y su posterior utilización, por alguien con más medios para materializarla que su autor legítimo, en algún tipo de bien o servicio del que la sociedad se beneficie. Por el contrario, el estúpido perjudica a terceros sin beneficiarse él o incluso perjudicándose a sí mismo, generando un descenso neto de la ventaja social general.

La capacidad destructiva del estúpido se potencia si detenta una posición de poder, como puede ser el político o el burocrático, lo cual es habitual en las sociedades democráticas, pues el importante porcentaje de estúpidos que existe entre los votantes acostumbra a elegir políticos de su misma condición. Votantes estúpidos votan políticos estúpidos. La estupidez incrementa sus efectos por la falta de respuesta en tiempo oportuno de los no estúpidos, que incapaces de aceptar y entender la posibilidad de que alguien se comporte como un estúpido, no suelen tomar medidas para contrarrestarlo. La estupidez es peligrosa cuando es minusvalorada o no temida suficientemente, lo cual lleva a los no estúpidos a ridiculizar al estúpido, al que utilizan de objeto de burla

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

y de quien no sienten tanto temor como pena o incluso solidaridad. Si la conmiseración con el estúpido por parte de los no estúpidos es lo suficientemente elevada como para animarlos a ayudarle, o para pretender utilizarle, puede producirse una multiplicación del efecto dañino del estúpido que jamás se produciría con el malvado, con el que es de suponer que los no estúpidos jamás colaborarían. Tal vez el dato más descorazonador que Cipolla aporta sobre el estúpido es que, si bien los inteligentes, los malvados e incluso los incautos son conscientes de su condición, el estúpido, precisamente por serlo, no sabe que lo es. Con lo que su capacidad de actuar de modo incomprensible e imprevisible es total y su potencialidad lesiva para otros y para sí mismo es enorme.

Cipolla, más allá de su ánimo lúdico, aporta elementos valiosos: definir con pretensiones de objetividad al estúpido (aquel que perjudica a terceros sin beneficiarse él y hasta perjudicándose), definir la estupidez (condición del estúpido de carácter transversal y estable en todos los grupos humanos y en todas las sociedades y épocas) y advertir de los riesgos del uno y de la otra (mucho mayores que los del malvado y de la maldad). Se podrá aceptar o no su propuesta (carente de estudios que prueben sus afirmaciones más allá de los que él mismo sugiere haber hecho pero de los que no da dato alguno) o se la podrá ignorar por burlona, pero la objetividad que aporta considerar al estúpido como alguien que es tal no por sus conocimientos o la falta de ellos, no por los juicios subjetivos de terceros sobre su persona, sino estrictamente por sus actos y las consecuencias de estos, resulta digna de ser aplicada a algunos casos concretos para tratar de comprobar si tiene algo de verdad.

III. LOS CASOS BRITÁNICO Y CATALÁN DE 2016-2017

Expuestas las ideas de Cipolla sobre la estupidez en términos generales, resulta de interés analizar la estupidez en términos políticos sirviéndose de dos casos concretos a los que aplicar las categorías de Cipolla tratando de comprobar si es posible hablar de la estupidez y del estúpido políticos con una mínima objetividad basada en los efectos de ambos procesos tanto en terceros como en sus mismos promotores y defensores. A modo de propuesta, y por la relevancia que ambos obtuvieron en su momento, se opta por seleccionar el referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea de 2016 y el proceso independentista de Cataluña, particularmente sus sucesos de 2017. En ninguno de ambos casos se pretende hacer un análisis en profundidad de ellos, lo cual excede de los objetivos de este texto, sino exponer sus principales efectos y comprobar si sus actores entran en la definición de estúpido que da Cipolla.

1. El referéndum británico de 2016

El referéndum británico de 23 de junio de 2016, regulado por la European Union Referendum Act de 2015, sometió a votación popular la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea. El resultado (BBC, 2016) fue favorable a la salida con un respaldo de un 51.9% de los votantes, siendo de un 48.1% el porcentaje de los que apostaron por continuar en la Unión Europea. El sí a la permanencia fue mayoritario en Escocia, Irlanda del Norte o Londres, mientras que el no fue mayoritario en Inglaterra. La participación fue superior al 72%, la más alta en cualquier proceso electoral británico desde 1980 (Torrecuadrada García Lozano y García, 2017: 19).

El proceso fue iniciado a instancias del primer ministro David Cameron (Fresneda, 2016) en gran medida, para fortalecer su postura dentro de un dividido Partido Conservador, siendo el sí a la permanencia en la UE defendido por él mismo y por parte de su partido (la postura oficial de los Conversadores fue la neutralidad), así como por los Laboristas, los Liberal-Demócratas y diversos partidos minoritarios y regionales como los Verdes, el Partido Nacionalista Escoces o el Sinn Féin de Irlanda. El

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

no a la permanencia fue promovido por parte del Partido Conservador (y por algunos ministros del Gobierno) y, particularmente, por el UKIP (Partido de la Independencia del Reino Unido), con su líder Nigel Farage a la cabeza, partido que había surgido precisamente para promover la salida británica de la Unión Europea y que, una vez triunfante dicha salida, vio inmediatamente a continuación casi desaparecer su apoyo electoral al perder su razón de ser como partido: de las elecciones generales de 2015 a las de 2017 bajó de casi 4 millones de votantes a poco más de medio millón (Booth y Walker, 2017).

Durante la campaña y desde los defensores del sí a la permanencia, los votantes recibieron grandes cantidades de información favorable a la permanencia fundada en datos económicos, políticos, sociales y culturales sostenidos tanto por políticos, como por académicos, intelectuales y figuras relevantes de todo tipo tanto británicas como extranjeras (Osborne, 2016). Se argumentó que romper una unión tan estrecha con décadas de antigüedad supondría enormes pérdidas económicas, políticas y sociales para el Reino Unido, haría al país más pobre, más aislado, más insolidario y menos innovador. Desde los defensores del no se sostuvo, por el contrario, que la permanencia suponía una inasumible mengua de soberanía que llevaba a la pérdida económica y cultural y, particularmente, a la entrada de un elevado número de inmigrantes (tanto europeos como extra-europeos) perjudicando a los trabajadores británicos, debilitando el Estado Social (se incidió especialmente en los perjuicios sobre el sistema sanitario británico, el National Health Service –NHS-) y poniendo en peligro la seguridad ante el riesgo de delincuencia y terrorismo (Farage, 2016). Desde EEUU, el sí a la permanencia recibió el apoyo del Presidente Obama y el no fue apoyado por el entonces candidato Trump (Levin, 2016).

El resultado negativo a la permanencia llevó a la dimisión del primer ministro y su substitución por una de sus ministras, Theresa May (favorable a la permanencia durante el referendo y que desde ese momento tuvo que gestionar la salida), así como al comienzo de un largo y tortuoso proceso de negociación con la Unión Europea que se materializó el 1 de febrero de 2020 con la salida formal del Reino Unido de la Unión Europea y cuyos efectos generalmente se aceptan como negativos o muy negativos para la sociedad británica en general y su economía en particular (Krugman, 2016). Quepa destacar que ya el día posterior al referéndum, algunos promotores del no a la permanencia reconocieron públicamente que sus argumentos no eran exactos y que las cifras en las que se basaban (por ejemplo, las relativas al NHS y al dinero que se podría invertir en el mismo si el Reino Unido salía de la Unión Europea) no tenían fundamento (Stone, 2016).

¿Han sido los efectos del Brexit objetivamente perjudiciales para el Reino Unido? En palabras de La Torre (2017: 6): «El Brexit es así algo inédito, explosivo en la dinámica europea de las relaciones internacionales, triste y autodestructivo para la misma autoestima y para la narrativa fundacional del Reino Unido.» Quepa citar algunos elementos que pueden servir a efectos valorativos (Ramos, 2017): desde el día del referéndum el valor de la Libre Esterlina ha caído (lo cual produce un alza de precios y una pérdida de poder adquisitivo), las inversiones extranjeras se han retraído, el crecimiento potencial de la economía británica ha menguado (no es que no crezca, pero sí que podría crecer más), diversas oficinas europeas generadoras de empleo y riqueza han anunciado su salida de suelo británico a causa del Brexit como la agencia europea del medicamento o la autoridad bancaria europea (Tapia Hermida, 2017), etc. Esto respecto a los fenómenos que ya se han materializado, pero, si se pone el foco en el medio y largo plazo, cabe prever perjuicios tanto para los británicos, para los cuales el Tesoro prevé una bajada de renta media de entre el 3.8% y el 9.5%, mientras que la OCDE lo sitúa entre el 2.7% y el 7.7% (Torrecuadrada García Lozano y García, 2017: 20-21); como para los europeos residentes en el Reino Unido, que podrían dejar

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de disfrutar de los beneficios de la ciudadanía europea;[2] así como para los residentes británicos en los diferentes países europeos: piénsese en las decenas de miles de jubilados británicos residentes, por ejemplo, en España y en cómo afecta la salida a su situación respecto a, entre otros factores, la Sanidad Pública española (Villarino, 2016).

De ser un gran polo de atracción de capital humano, el Reino Unido pasa a ser un país que pone más difícil a los trabajadores cualificados europeos (que aportan riqueza e innovación a la sociedad receptora) su integración en suelo británico. Y, por supuesto, lo más relevante: el Reino Unido tendrá que renegociar todos sus acuerdos de libre comercio, que en las últimas décadas ha firmado en su nombre la Unión Europea, quedando en el tiempo que esto dure seriamente afectado su comercio internacional, particularmente con la propia Unión Europea frente a la cual dejará de tener el mismo estatus (libertad de circulación de mercancías, capitales, servicios y trabajadores) que tiene ahora para pasar a ser considerado (si bien, esto dependerá de la negociación en curso) un tercer país ajeno al club europeo. Todo lo anterior necesariamente ha de perjudicar a la City de Londres, el corazón económico británico, uno de sus principales generadores de riqueza y uno de los centros financieros más importantes de Europa y del mundo. Siendo parte de la Unión Europea, el Reino Unido permite a las empresas y bancos que se domicilien en su territorio obtener el "pasaporte comunitario" que les permite actuar en toda la Unión desde su sede en Londres, donde las condiciones fiscales, de capital humano o hasta lingüísticas son especialmente favorables. Tras el Brexit existen muchas posibilidades de que esto no pueda darse, lo cual supone un fuerte freno a la voluntad de cualquier entidad financiera a establecerse en la City como base de operaciones para toda Europa. La salida de bancos y empresas con dirección a otras plazas como Frankfurt, Ámsterdam o París es un riesgo cierto (Bird y Bird, 2016: 8).

Si se fija el foco en lo político, la salida del Reino Unido de la Unión Europea puede poner en peligro la propia pervivencia de su unidad estatal. El voto pro permanencia fue ampliamente mayoritario en Escocia e Irlanda del Norte, región la primera que ya votó en referéndum sobre su salida del país y que viéndose fuera de la Unión Europea podría volver a querer votar su continuidad en el Reino Unido (pues la voluntad de seguir en el club europeo fue, en gran medida, clave en el voto favorable a permanecer en el Reino Unido), y región la segunda que puso fin a su conflicto terrorista en gran medida merced a la desaparición de la frontera entre Irlanda del Norte y la República de Irlanda, frontera que se planteó si podría volver a aparecer (Almunia, 2016: 38-45) o, en el sentido contrario, podría surgir entre Irlanda del Norte y el resto del Reino Unido, como así parece apuntar el acuerdo propuesto por el primer ministro Johnson con la UE y en el que, a efectos de libre circulación de mercancías, Irlanda del Norte seguiría formando parte de la UE (no tendría frontera con la República de Irlanda, por tanto) y, sin embargo, sufriría controles aduaneros respecto al resto del Reino Unido (Campbell, 2020).

Visto lo anterior, resulta de interés elaborar un cuadro clasificando a algunos de los protagonistas del referéndum desde las categorías de Cipolla, por sus actos y las consecuencias de estos. Se citan sólo tres protagonistas en la voluntad de simplificar el análisis en aras de una mejor comprensión. Podría, sin embargo, valorarse el rol de otros sujetos como los partidos, sus diferentes líderes (por ejemplo, del Alcalde

2. Si bien autores como Torrecuadrada García-Lozano y García (2017: 23) consideran que, aunque el Brexit puede terminar con la libre circulación de los ciudadanos de la UE en el Reino Unido y viceversa, «ello no afecta a los derechos adquiridos por quienes residan o tengan sus negocios en uno y otro lugar. La seguridad jurídica motiva esta disposición incorporada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sin perjuicio del acuerdo contrario de las partes.» Esto es, se podrán evitar las llegadas de ciudadanos de la UE, pero no expulsar a quienes ya están radicados en el Reino Unido.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

de Londres y posterior Ministro de Exteriores y Primer Ministro, Boris Johnson), los medios de comunicación, etc.

Tabla 1. Clasificación de los actores del Brexit desde las categorías de Cipolla

Protagonista del Referéndum	Sus actos le benefician o perjudican	Sus actos benefician o perjudican a terceros	LUEGO ES
David Cameron, Primer Ministro del Reino Unido	Convocó el referendo sin estar obligado a hacerlo. Dimitió al perder el resultado que él defendía: sus actos le perjudican.	El Reino Unido salió de la UE. Su partido perdió apoyo electoral. Su país afronta una grave crisis: sus actos perjudican a terceros.	ESTÚPIDO
Nigel Farage, líder del UKIP	Apoyó la salida del Reino Unido de la UE. Dimitió como líder del UKIP: sus actos no le benefician o, incluso, le perjudican.	El Reino Unido salió de la UE. Su partido perdió apoyo electoral. Su país afronta una grave crisis: sus actos perjudican a terceros	ESTÚPIDO
Votantes a favor de la salida británica de la UE	Apoyaron la salida del Reino Unido de la UE. Su país afronta una grave crisis: sus actos les perjudican.	El Reino unido salió de la UE. Toda la población del país afronta una grave crisis: sus actos perjudican a terceros.	ESTÚPIDOS

Fuente: Elaboración propia.

Para Cipolla, aquel que perjudica a terceros sin obtener un beneficio o incluso obteniendo un perjuicio propio es un estúpido. Los tres actores citados en la tabla no obtuvieron ningún beneficio de sus actos (más allá de la satisfacción de que triunfara la opción por ellos defendida en el caso de Nigel Farage y de los votantes pro-salida), no beneficiaron a terceros, sufrieron un perjuicio propio y perjudicaron a terceros. Es posible, por tanto, clasificarlos como estúpidos. ¿Es la salida británica de la Unión Europea el resultado de las acciones de líderes y ciudadanos estúpidos? Cabe una respuesta afirmativa. ¿Jugó la estupidez un rol relevante en la política británica del año 2016? Así parece.

2. El proceso independentista catalán de 2017

El proceso independentista catalán ha vivido hasta la fecha su momento de máximo auge en la segunda mitad de 2017. No comenzó ese año, sin embargo. Establecer el origen del independentismo catalán,[3] exponer su desarrollo o tratar de explicar los motivos de su reciente crecimiento excede en mucho los objetivos de este texto,[4] pero,

3. Cataluña ha sufrido diversas crisis en su relación con el resto de España. Así, la Sublevación de Cataluña de 1640 (también conocida como Guerra de los Segadores), o la Guerra de Sucesión Española, uno de cuyos últimos episodios fue la caída de Barcelona el 11 de septiembre de 1714 (fecha conmemorada como la Diada, fiesta de Cataluña), pero el actual independentismo catalán tiene sus raíces en los movimientos regionalistas y nacionalistas que surgen a finales del siglo XIX y principios del XX, que alcanzan la autonomía para Cataluña en los años 30, que son reprimidos durante la dictadura del general Franco y que vuelven a la legalidad desde finales de los años 70. Por citar dos enfoques narrativos diferentes vide Payne (2008) y Eslava Galán (2010).

4. Las motivaciones del gran crecimiento del independentismo catalán durante los últimos años acostumbran a explicarse desde dos puntos de vista. Desde el primero, el independentismo crece a raíz de la crisis económica que comienza en 2007 y que acorrala al gobierno autonómico catalán y que hace que el partido en el gobierno, CIU, y su presidente, Artur Mas, que tradicionalmente habían sido nacionalistas pero no independentistas, se unan al independentismo para distraer la atención de su responsabilidad en la gestión de la crisis económica (la conflictividad llega al extremo de que los días 14-15 de junio de 2011 se produce un asedio popular al Parlamento autonómico de Cataluña en protesta por los recortes en la financiación pública de los servicios sociales), así como de los escándalos de corrupción en los que se denuncia la implicación de sus dirigentes. Desde un segundo punto de vista, se considera como principal motivación del crecimiento del independentismo la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 31/2010, de 28 de junio de 2010) que resolvió un recurso de inconstitucionalidad frente al

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

por tratar de fijar un punto de partida de los acontecimientos de 2017, quepa citar el año 2012, cuando se produce la primera gran manifestación masiva en apoyo de la independencia (Piñol, 2012). Desde 2012 se intensifica el apoyo al independentismo en Cataluña (Catalán, 2017). Se suceden las manifestaciones con cientos de miles de asistentes, crece el porcentaje de voto a los partidos independentistas, se consolida la relevancia de organizaciones favorables a la independencia como la ANC (Asamblea Nacional Catalana) y Omnium Cultural y, desde el Gobierno y el Parlamento autonómicos de Cataluña, se comienza a promover iniciativas legislativas con el objetivo inicial de convocar un referéndum para votar la independencia para, posteriormente, aprobar normas cuyo objeto es lograr la independencia y consumar la ruptura con España. Ejemplo de esto fueron la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, y la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, mediante las cuales se pretendía, desde el parlamento autonómico catalán, dotar de un marco legal a un referendo en el que se votase sobre la independencia y a ésta misma una vez se consumase. Sobre ambas leyes se pronunció el Tribunal Constitucional suspendiéndolas cautelarmente y, posteriormente, declarando su inconstitucionalidad en las sentencias STC 114/2017, de 17 de octubre de 2017 y STC 124/2017, de 8 de noviembre de 2017.

Tras varios años de tensiones materializadas en sucesivas acciones y reacciones por parte de las autoridades autonómicas catalanas y las nacionales españolas, considerando las primeras que la legalidad autonómica catalana poseía legitimidad bastante para ser el fundamento del proceso independentista y las segundas que las acciones independentistas eran contrarias a la Constitución y al ordenamiento español,[5] el aparentemente definitivo momento de choque se produjo el 1 de octubre de 2017, cuando se trató de realizar un referéndum en el que se preguntó abiertamente por la independencia y en el que se produjeron choques violentos entre ciudadanos que apoyaban el referéndum y policía que pretendía impedir su realización al haber sido declarada ilegal por las autoridades judiciales. Aun y la oposición policial, el referéndum se llevó a cabo, alegándose por las autoridades autonómicas catalanas que se obtuvo una participación del 43% del electorado y un resultado favorable a la independencia del 90% de los votantes. La pregunta fue: "¿Quiere que Cataluña sea un estado independiente en forma de república?" (El Periódico, 2017). En las semanas posteriores, y en un clima de notable desconcierto, se aceleraron los acontecimientos: se votó una declaración de independencia en el Parlamento de Cataluña que fue aprobada mayoritariamente (si bien, con la ausencia de los diputados no independentistas),[6] se declaró por el Presidente de la Generalidad de Cataluña la independencia (que él mismo suspendió inmediatamente), se puso en marcha por el Gobierno de España el procedimiento contenido en el art. 155 de la Constitución Española (art. 155.1 CE: «Si

Estatuto de Cataluña de 2006 y que, al declarar inconstitucionales algunos puntos de dicho texto (entre ellos las referencias a Cataluña como nación o la preferencia de la lengua catalana), provocó una reacción de fuerte rechazo en parte de la sociedad catalana que llevó a que muchos ciudadanos optaran por apoyar al independentismo: «(...) los recursos de inconstitucionalidad interpuestos (...) contra la práctica totalidad de los contenidos –preámbulo incluido- del Estatuto de Autonomía para Cataluña y la resolución dada a los mismos por el Tribunal Constitucional (STC 31/2010) han marcado un claro punto de inflexión en la tensión cultural y política que siempre se ha producido a raíz del acomodo de Cataluña en la organización política de España.» (Caamaño Domínguez, 2017: 17).

5. Se debatió si el proceso independentista catalán era contrario al Derecho Internacional o, por el contrario, si entraba dentro de derechos como el de autodeterminación de los pueblos (art. 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966). La mayoría de la doctrina española concluyó que el proceso era contrario tanto al Derecho español, como al Derecho Internacional (VVAA, 2018: 295-298).

6. El 27 de octubre de 2017, y en función de los resultados del referéndum del 1 de octubre, se votó en el parlamento autonómico de Cataluña la declaración de independencia de Cataluña (titulada Declaración de los Representantes de Cataluña) que fue aprobada por 70 votos a favor y 10 en contra (ausentándose de la votación 53 diputados). La declaración implicaba la entrada en vigor de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República y que comenzara un proceso constituyente catalán. El Tribunal Constitucional anuló la declaración al declarar inconstitucional la Ley 20/2017 mediante la STC 124/2017, de 8 de noviembre.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.») que, en la práctica, le permitió disolver el parlamento catalán, destituir al gobierno autonómico, asumir los poderes de estos y convocar nuevas elecciones autonómicas. Elecciones celebradas en diciembre de 2017 y que confirmaron la división de la sociedad catalana en dos bloques no muy distantes en apoyos: uno no independentista superior en número de votos (el partido más votado –Ciudadanos- fue no independentista) y otro independentista con más diputados (Noguer, 2017). En paralelo, los distintos procesos judiciales abiertos contra gran parte de los líderes independentistas por, entre otros delitos, rebelión o malversación de fondos públicos, llevaron a que parte del depuesto gobierno catalán acabara en la cárcel o que huyera de la justicia española (entre ellos, el presidente autonómico) refugiándose en países como Bélgica o Suiza (Pérez, 2017).

¿Cuáles han sido las consecuencias del proceso independentista catalán? Políticamente la autonomía catalana fue intervenida, siendo sus instituciones regionales seriamente erosionadas primero por la aprobación y promoción desde ellas de normas y resoluciones sistemáticamente suspendidas y anuladas por inconstitucionales y, segundo, por su pérdida de poder al ser asumidas de modo temporal muchas de sus funciones por el Gobierno español; socialmente Cataluña se ha fracturado en dos mitades entre las cuales existe una gran tensión, incluso hostilidad en determinados ámbitos, materializada en grandes manifestaciones de uno y otro bloque, banderas opuestas en los balcones de las casas y rupturas personales entre los ciudadanos tanto en sus ámbitos profesionales, como personales (Pita, 2017); económicamente, Cataluña ha perdido la sede de un importante número de empresas que han desplazado sus operaciones fuera de la región al considerar que la inestabilidad era causa bastante para salir de Cataluña (El País, 2017), ha disminuido la inversión y el turismo, se han perdido oportunidades internacionales como la Agencia Europea de Medicamentos (que de considerar Barcelona como sede –al dejar Londres, a causa del Brexit-, pasó a ubicarse en Ámsterdam) y la parálisis institucional ha detenido la normal administración pública (Roldán y Victoria, 2017).

Resulta complejo negar que el proceso independentista ha generado perjuicios a la sociedad catalana y, por extensión, a toda la sociedad española (Catá, 2017). Ninguno de estos efectos ha sido inesperado, sino que bastaba con conocer la legislación y jurisprudencia española, la postura del Gobierno español, así como la de la Unión Europea, para prever que el proceso catalán, antes o después, sería abortado y que a lo más que se podía llegar era a generar una situación de choque y parálisis institucional cuyos efectos no podían ser otros que los citados. Era manifiesto que el proceso independentista, salvo que España renunciara a aplicar su ordenamiento, aceptara el incumplimiento de su Constitución[7] y tolerara la segregación unilateral de una de sus regiones, había de llevar a abortar el proceso independentista, a procesar a sus

7. El art. 1.2 de la Constitución Española indica que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado», con lo que se proclama la soberanía de la ciudadanía española y se niega toda posible soberanía compartida con las regiones o la existencia de varias soberanías equivalentes dentro del territorio nacional; o el art. 2 que manifiesta que la Constitución «se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas», lo cual afirma la estructura autonómica del Estado, pero niega toda posible tolerancia a la independencia de una región; o el art. 149.1.32 que señala que es el Estado (y no las regiones, como pretendió el Gobierno catalán) quien tiene competencia exclusiva para autorizar la convocatoria de referendos.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

promotores y a la fractura de la sociedad catalana. ¿Es posible exponer el rol de los principales actores independentistas en función de las categorías de Cipolla? Quepa proponer la siguiente tabla. Por motivos de espacio se omiten otros protagonistas: independentistas (la presidenta del parlamento autonómico catalán, o los líderes de las asociaciones ANC y Omium, muchos de ellos encarcelados o huidos) y no independentistas (Mariano Rajoy, Presidente del Gobierno de España).

Tabla 2. Clasificación de algunos actores del referéndum catalán desde las categorías de Cipolla

Actores independentistas	Sus actos le benefician o le perjudican	Sus actos benefician o perjudican a terceros	LUEGO ES
Artur Mas, Presidente de la Generalidad de Cataluña (2010-2016)	Apoyó el independentismo frente a la postura tradicional de su partido. Dimitió. Fue procesado por la justicia: sus actos le perjudican.	Su partido perdió poder. La autonomía catalana fue intervenida. La situación social y económica catalana empeoró: sus actos perjudican a terceros.	ESTÚPIDO
Carles Puigdemont, Presidente de la Generalidad de Cataluña (2016-2017)	Apoyó el independentismo. Fue depuesto como presidente autonómico. Tuvo que huir de la justicia escapando de su país: sus actos le perjudican.	Su partido perdió poder. La autonomía catalana fue intervenida. La situación social y económica catalana empeoró: sus actos perjudican a terceros.	ESTÚPIDO
Oriol Junqueras y otros consejeros autonómicos catalanes	Apoyaron el independentismo. Algunos huyeron de la justicia, otros fueron a prisión: sus actos les perjudican.	La autonomía catalana fue intervenida. La situación social y económica catalana empeoró: sus actos perjudican a terceros.	ESTÚPIDOS
Ciudadanos catalanes independentistas	Unos dos millones apoyaron el independentismo. La autonomía catalana fue intervenida. La situación social y económica empeoró: sus actos les perjudican.	La mitad no independentista de la sociedad catalana vio intervenida su autonomía, perjudicada su economía y fracturada su sociedad: sus actos perjudican a terceros.	ESTÚPIDOS

Fuente: elaboración propia.

Los efectos del proceso independentista catalán no serían tanto el fruto exclusivo de causas jurídicas, económicas, sociales o históricas (que también), sino, además, el resultado de la estupidez de muchos de sus promotores. La mayoría de los principales actores del proceso catalán o bien perdieron sus posiciones políticas, o bien fueron procesados y encarcelados, o bien huyeron de la justicia a países extranjeros. Su objetivo (la independencia) no se logró y, paradójicamente, la autonomía catalana fue temporalmente suspendida y sometida a la tutela del Gobierno de España. La fractura política, social y económica ha perjudicado a los independentistas y a los no independentistas generalizando los perjuicios a prácticamente cualquiera relacionado con el proceso.

Cabría preguntarse si, tanto en el caso británico como en el catalán, la clasificación como estúpidos de cargos públicos y ciudadanos puede ser excesiva o errónea. Se afirmaría, en esta línea, que inteligentes tal vez no sean, pues parece evidente que en ambos casos se han generado perjuicios que sufren terceros (y la condición de inteligente para Cipolla implica generar beneficios tanto para uno, como para terceros), pero que sería más apropiado identificarlos con los tipos del malvado y del incauto. Así, un determinado cargo político (David Cameron o Artur Mas) no sería estúpido, sino malvado si, en un principio, sus actos le benefician produciendo perjuicios ajenos. Sin embargo, si este aparente beneficio inicial acaba invirtiéndose y convirtiéndose en un perjuicio, ya no se debería hablar de un malvado, sino de un estúpido que parecía

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

un malvado pero que acabó mostrando que siempre fue un estúpido. Igualmente, se podría afirmar que los ciudadanos que votan a ese cargo malvado no son estúpidos, sino incautos, pues sufren un perjuicio a costa de beneficiar a un tercero malvado (por ejemplo, los casos en los que se elige a un corrupto), pero tal afirmación pierde su sentido cuando se recuerda que con su voto al malvado los ciudadanos supuestamente incautos no sólo se perjudican ellos, sino que perjudican al resto de la ciudadanía siendo el perjuicio que ésta sufre superior cuantitativamente al beneficio que le generan al malvado. Luego esos ciudadanos incautos realmente siempre fueron estúpidos al producir con sus actos perjuicios propios y ajenos. En definitiva, para valorar la estupidez hay que acudir al final de la línea temporal, no al principio, pues un aparente malvado o incauto puede no ser más que un estúpido cuyas estupideces aun no le han perjudicado.

PROPUESTA DE DEFINICIÓN DE LA ESTUPIDEZ POLÍTICA Y DEL ESTÚPIDO POLÍTICO

¿Existe la estupidez política? Si se acepta el concepto dado por Cipolla y se aplica a casos políticos como los dos expuestos, podría considerarse que sí existe la estupidez política. En ambos casos los actores políticos implicados perjudicaron a terceros sin obtener beneficio personal e incluso sufriendo un perjuicio. Aplicando las categorías generales de Cipolla al ámbito político, los protagonistas de los dos procesos podrían ser considerados como estúpidos políticos y sus acciones entrarían dentro de un todo al que podría llamarse estupidez política. ¿Cómo podría ser definida la estupidez política? A modo de propuesta:

> La estupidez política es aquella acción o conjunto de acciones que, realizadas en la esfera pública por responsables políticos, por grupos de ciudadanos o por ambos, perjudican a la ciudadanía sin que sus promotores y/o defensores obtengan un beneficio o, incluso, sufriendo un perjuicio.

Casos como el británico o el catalán serían ejemplos de acciones que no benefician a ninguno de sus promotores (cargos políticos) o defensores (ciudadanos), mientras que perjudican a terceros y a los propios promotores y defensores. Ejemplos, por tanto, de estupidez política. ¿Qué sería un estúpido político?

> Un estúpido político es aquel que teniendo responsabilidades públicas o siendo un ciudadano que participe en un proceso político, ya sea directamente (democracia participativa) o indirectamente (democracia representativa) realiza una acción o un conjunto de acciones que no le benefician, que incluso le perjudican, y que llevan a que la ciudadanía obtenga un perjuicio.

El estúpido político no tiene necesariamente que ocupar un cargo público, basta con que intervenga en un proceso político (como sucedió en el referendo británico y en los distintos momentos del proceso independentista catalán) y que su intervención genere perjuicios a terceros sin suponerle beneficios y causándole perjuicios. El estúpido puede ser un presidente, pero también un ciudadano que vote en unas elecciones o en un plebiscito. Por ello, cabe también la democracia participativa estúpida, esto es, que se organice, ya por los ciudadanos, ya por los gobernantes, un instrumento participativo (referéndum, plebiscito, revocatoria, etc.) que, por causar perjuicios tanto a los organizadores como a los ciudadanos, pueda considerarse estúpido. Precisamente, los dos procesos estudiados en estas líneas giraron alrededor de este tipo de instrumentos. ¿Dónde es más habitual la estupidez política, en la democracia representativa o en la participativa? Desde la consideración de que la segunda tiende a simplificar el debate político (ej. un plebiscito no permite negociación, ni transacción,

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

sino sólo opciones binarias, sí o no, todo o nada[8]), a promover la emoción por encima de la razón y a favorecer al demagogo («Por este camino el que vence es el demagogo, el manipulador por excelencia de la soberanía popular. El demagogo que se apoya en las muchedumbres gritando que el pueblo tiene siempre la razón.» Sartori, 2007: 129) en sus apelaciones directas al pueblo permitiendo la toma de decisiones con una menor intervención y control de las instituciones políticas del Estado, quepa proponer que posiblemente sea más factible la estupidez política en la democracia participativa que en la representativa.

La estupidez en política tiene un rol relevante en función de sus efectos, que pueden producirse en ámbitos tanto políticos como extra-políticos (sociales, económicos, etc.), como demuestran los casos estudiados y como resulta evidente al considerar que la política afecta todos los ámbitos sociales. La intensidad de estos efectos estará relacionada con el cargo público desempeñado por el estúpido (no será lo mismo que la decisión estúpida sea tomada por un alcalde, que por un presidente), con el número de estúpidos sin cargo público que lo respalden y con el tiempo durante el cual se prolongue la estupidez. Del mismo modo, para una consideración plena acerca de la estupidez política se requerirá manejar un marco temporal amplio que permita evitar tomar por malvados o incautos a sujetos que, con la suficiente perspectiva, se mostrarán como estúpidos. En cualquier caso, para valorar los efectos de la estupidez política habrá que remitirse a cada caso concreto y a sus circunstancias específicas.

V. CONCLUSIONES

Aplicando las categorías de Cipolla sobre la estupidez al caso concreto de la política, es factible elaborar una propuesta de definición de la estupidez política y del estúpido político, así como afirmar que la primera genera efectos cuantificables en las sociedades en las que se produce. Lo atractivo del pensamiento de Cipolla, más allá de considerar que su ensayo tiene un claro *animus iocandi*, es que presenta una teorización que permite atreverse a plantear la estupidez como algo objetivo o, cuando menos, aceptablemente objetivo. Con Cipolla la estupidez deja de ser una consideración peyorativa subjetiva para convertirse en un criterio clasificatorio de los seres humanos y de sus acciones en función de los efectos producidos por las mismas en ellos y en terceros. El criterio cipolliano de clasificación de las personas en inteligentes, estúpidas, malvadas e incautas es fácil de entender y sencillo de aplicar a cualquier ámbito social, motivo por el cual resulta interesante hacerlo con la política.

Los casos británico y catalán son dos entre otros muchos (cabría hacer reflexiones similares sobre, por ejemplo, la elección y posterior presidencia de Donald Trump en EEUU, o los éxitos del populismo en diferentes países europeos) que, sin embargo, resultan significativos al tratarse de procesos no sólo protagonizados por élites políticas que conducen un país de forma ajena a sus ciudadanos, sino, por el contrario, al tratarse de procesos en los que la intervención masiva de gran parte de la ciudadanía es imprescindible para lograr los objetivos propuestos por dichas élites y en los que la valoración acerca de la responsabilidad por los efectos de las acciones emprendidas no debe limitarse a los líderes, sino también a los ciudadanos. Surge así una pregunta no

8. La acusación indica que los instrumentos participativos «depositan la toma de decisiones en ciudadanos que actúan como amateurs de la política y la enajenan de los políticos profesionales e, incluso, para su formulación lingüística como preguntas tienden a simplificar las materias a debate al darles la forma de una pregunta sencilla que omite los aspectos secundarios y complejidades de la gestión política. Debido a esto la democracia puede perder calidad técnica, fomentar el conflicto (al no permitir la negociación) y quedar en manos de sujetos con escasa preparación.» (Ramírez Nárdiz, 2016: 373).

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

resuelta en estas líneas pero que parece interesante plantear: ¿Son los líderes estúpidos los que contagian su estupidez al pueblo, es la estupidez del pueblo la que se contagia a sus líderes o la estupidez es, tal como sugiere Cipolla, un elemento permanente e invariable que se mantiene a perpetuidad en toda sociedad humana?

La estupidez política existe. El estúpido político existe. Tanto la una como el otro generan consecuencias que es posible medir y valorar. La estupidez no debe ser despreciada como rasgo que puede influir y afectar todas las acciones humanas, entre ellas las políticas. La tendencia, natural por los motivos expuestos al comienzo de este texto, a burlarse de la estupidez, considerarla un elemento anecdótico o irrelevante es peligrosa. Lleva a asumir como imposibles resultados que, como demuestran los casos británico y catalán, posteriormente se producen. Eventos políticos como los acontecidos entre 2016 y 2017 son tan mayoritariamente reconocidos como sorprendentes que no es caer en el pecado del que el autor italiano avisa servirse de sus categorías para tratar de explicarlos. Al contrario, es un camino, si bien no habitual, sí interesante para hacerse una imagen de conjunto mucho más completa. La estupidez merece ser estudiada desde ópticas que traten de aportar un mínimo de objetividad. Así lo hace Cipolla y así cabe hacerlo también en la política.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMUNIA, Joaquín (2016): "Brexit: Balance provisional de sus consecuencias", Política Exterior, 30 (172): 38-45.
- BBC (2016): "EU Referendum. Results" [en línea]. 24 de junio. Disponible en: bbc.com/news/politics/eu_referendum/results [Consultado el 12 de noviembre de 2020].
- BIRD Y BIRD (2016): "Los efectos del Brexit para la City en Londres", Actualidad jurídica Aranzadi, 921 (8) [en línea]. Disponible en: aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/AJA921.pdf [Consultado el 26 de enero de 2021].
- BOOTH, Robert y WALKER, Peter (2017): "Paul Nuttall suffers crushing defeat as Ukip vote collapses". The Guardian [en línea]. 9 de junio. Disponible en: theguardian.com/politics/2017/jun/09/ukip-vote-collapse-puts-paul-nuttall-leadership-in-danger [Consultado el 9 de enero de 2021].
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. M. (2017): "Del Estatut a las leyes de desconexión: el dedo que escribe las tablas de la ley." En Cataluña en proceso: las elecciones autonómicas de 2015, editado por Xosé Manuel Rivera Otero, Juan Montabes Pereira y Nieves Lagares Díez. Valencia: Tirant lo Blanch, 17-33.
- CAMPBELL, John (2020): "Brexit: Boris Johnson's deal gives EU what it wanted for NI", BBC News [en línea]. 14 de enero. Disponible en: bbc.com/news/uk-northern-ireland-51098457 [Consultado el 11 de enero de 2021].
- CATÁ, Josep (2017): "La Cámara de Comercio de Barcelona revisa a la baja sus previsiones de crecimiento por el clima político". El País [en línea]. 24 de octubre. Disponible en: elpais.com/ccaa/2017/10/24/catalunya/1508839347_457853.html [Consultado el 2 de febrero de 2021].
- CATALÁN, Nacho (2017): "Evolución del independentismo en Cataluña". El País [en línea]. 27 de septiembre. Disponible en: elpais.com/elpais/2017/09/27/media/1506525287_877334.html [Consultado el 12 de diciembre de 2020].
- CIPOLLA, Carlo Maria (2014): Allegro ma non troppo. Barcelona: Crítica.
- EL PAÍS 2017, "Más de 3.000 empresas han llevado su sede fuera de Cataluña desde el referéndum" [en línea]. 13 de diciembre. Disponible en: elpais.com/economia/2017/12/13/actualidad/1513180672_824521.html [Consultado el 7 de febrero de 2021].
- EL PERIÓDICO (2017): "Resultados del referéndum en Catalunya: con datos por municipios, comarcas y provincias" [en línea]. 6 de octubre. Disponible en: elperiodico.com/es/politica/20171006/resultados-referendum-cataluna-2017-6319340 [Consultado el 13 de noviembre de 2020].
- ENKVIST, Inger (2006): "Sobre la estupidez y los estúpidos", Nueva revista de política, cultura y arte, 105: 39-47.
- ESLAVA GALÁN, Juan (2010): Historia de España contada para escépticos. Barcelona: Planeta.
- FARAGE, Nigel (2016): "Nigel Farage: Why you should vote for Brexit this Thursday". Independent [en línea]. 20 de junio. Disponible en: independent.co.uk/voices/eu-referendum-brexit-nigel-farage-on-why-you-should-vote-to-leave-a7091021.html [Consultado el 5 de febrero de 2020].
- FRESNEDA, Carlos (2016): "Cameron convoca el referéndum de la UE el 23 de junio". El Mundo [en línea]. 20 de febrero. Disponible en: elmundo.es/internacional/2016/02/20/56c85a2146163f292c8b45a8.html [Consultado el 10 de enero de 2020].

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- KRUGMAN, Paul (2016): "Brexit: The Morning After" [blog]. 24 de junio. Disponible en: krugman.blogs.nytimes.com/2016/06/24/brexit-the-morning-after/ [Consultado el 6 de diciembre de 2020].
- LA TORRE, Massimo (2017): "El Brexit y el liberalismo autoritario", Universitas, 25: 2-11.
- LEVIN, Sam (2016): "Donald Trump backs Brexit, saying UK would be 'better off' without EU". The Guardian [en línea]. 5 de mayo. Disponible en: theguardian.com/us-news/2016/may/05/donald-trump-brexit-uk-leaving-european-union [Consultado el 2 de enero de 2021].
- NOGUER, Miquel (2017): "El independentismo conserva la mayoría pese a la histórica victoria de Ciudadanos". El País [en línea]. 21 de diciembre. Disponible en: elpais.com/ccaa/2017/12/21/catalunya/1513877732_375898.html [Consultado el 3 de enero de 2021].
- OSBORNE, George (2016): "HM Treasury analysis on the immediate economic impact of leaving the EU: George Osborne's speech" [en línea]. Disponible en: gov.uk/government/speeches/hm-treasury-analysis-on-the-immediate-economic-impact-of-leaving-the-eu-george-osbornes-speech [Consultado el 14 de diciembre de 2020].
- PAYNE, Stanley (2008): España: una historia única. Madrid: Temas de Hoy.
- PÉREZ, Claudi (2017): "Puigdemont y cinco exconsejeros se refugian en Bruselas". El País [en línea]. 30 de octubre. Disponible en: elpais.com/politica/2017/10/30/actualidad/1509367642_165219.html [Consultado el 7 de febrero de 2021].
- PIÑOL, Àngels (2012): "El independentismo catalán logra una histórica exhibición de fuerza". El País [en línea]. 11 de septiembre. Disponible en: elpais.com/ccaa/2012/09/11/catalunya/1347375808_419590.html [Consultado el 3 de enero de 2021].
- PITA, Elena (2017): "Las familias rotas del "Procés" catalán". El Mundo. [en línea]. 24 de septiembre. Disponible en: elmundo.es/cronica/2017/09/24/59c6863322601d9a458b4667.html [Consultado el 2 de diciembre de 2020].
- RAMOS, Rafael (2017): "Los británicos ya notan el Brexit". La Vanguardia [en línea]. 28 de mayo. Disponible en: lavanguardia.com/economia/20170528/422984979955/efectos-economicos-brexit.html [Consultado el 14 de enero de 2021].
- RAMÍREZ NÁRDIZ, A. (2016):. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?, Vniversitas, 65 (132), 349-388. doi: https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.ncld
- ROLDÁN, Toni y VICTORIA, Carlos (2017): "Siete gráficos que explican el desastre económico del procés". El Confidencial [en línea]. 17 de diciembre. Disponible en: blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-12-17/siete-graficos-que-explican-el-desastre-economico-del-proces_1494019/ [Consultado el 6 de noviembre de 2020].
- ROTTERDAM, Erasmo de (2005): Elogio de la locura [en línea]. Disponible en: dim.uchile.cl/~lsaavedr/Elogio.pdf [Consultado el 12 de noviembre de 2020].
- SARTORI, Giovanni (2007): ¿Qué es la democracia? México, D.F.: Taurus.
- STONE, Jon (2016): "Nigel Farage backtracks on Leave campaign´s "£350m for the NHS" pledge hours after result". Independent [en línea]. 24 de junio. Disponible en: independent.co.uk/news/uk/politics/eu-referendum-result-nigel-farage-nhs-pledge-disowns-350-million-pounds-a7099906.html [Consultado el 8 de enero de 2021].

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier (2017): "¿Por qué la autoridad bancaria europea ha trasladado su sede de Londres a París? Paralelismos con el caso de la Agencia Europea de Medicamentos. Refuerzo del Sistema Europeo de Supervisión Financiera" [blog]. Disponible en: ajtapia.com/2017/11/la-autoridad-bancaria-europea-se-ha-trasladado-londres-paris-paralelismos-caso-la-agencia-europea-medicamentos-refuerzo-del-sistema-europeo-supervision-financiera/ [Consultado el 22 de enero de 2021].
- TORRECUADRADA García-Lozano, SOLEDAD Y GARCÍA, Pedro (2017): "*¿Qué es el Brexit? Origen y posibles consecuencias*", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 17: 3-40.
- VILLARINO, Ángel (2016): "Jubilados del Brexit en España: ¿quién me pagará el médico si salimos de la UE?". El Confidencial [en línea]. 19 de marzo. Disponible en: elconfidencial.com/mundo/2016-03-19/quien-me-va-a-pagar-el-medico-en-espana-si-salimos-de-la-union-europea_1169552/ [Consultado el 15 de enero de 2021].
- VVAA (2018): "Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho internacional del referéndum de independencia en Cataluña", Revista española de derecho internacional, 70 (1): 295-298. ■

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

13 DE ENERO: Jornada *El informe de La Federación Iberoamericana del Ombudsman sobre Derechos Humanos, Estados excepcionales y covid-19*, coordinada por Guillermo Escobar, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá de Henares. ***videoconferencia***

20 DE ENERO: Diálogos *Opinión Pública y política*. Narciso Michavila, Presidente de GAD3, dialoga con Juan Antonio Gómez Yáñez, Profesor de Sociología en la Universidad Carlos III de Madrid, autor del libro "Desprivatizar los partidos" y articulista de *El País*. Moderación Anabel Díez, Periodista de *El País*. ***videoconferencia***

2 DE FEBRERO: Jornada *La instrumentalización política de las creencias.* **¿Una amenaza para los Estados democráticos,** en colaboración con la Asociación para el diálogo interreligioso e interconviccional en Aragón (ADIA). ***videoconferencia***

16 FEBRERO: Jornada *Miradas diferentes al Tribunal Constitucional,* dirigida por el Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Zaragoza, Julio López Laborda. ***videoconferencia***

24 DE FEBRERO: Jornada *Comisión de Venecia: 30 años promoviendo la democracia constitucional,* coordinada por Josep María Castellà, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona y representante por España en la Comisión de Venecia. ***videoconferencia***

3 DE MARZO: Jornada *Salud, psicología y sociedad tras la pandemia covid-19*, organizada en colaboración con la Embajada de Canadá y la Fundación Canadá, coordinada por Xavier Arbós, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona. ***videoconferencia***

11 DE MARZO: Jornada *Los fondos europeos para la reconstrucción, un proyecto de Europa*, en colaboración con el Real Instituto Elcano. ***videoconferencia***

25 DE MARZO: Debate *Redes sociales, censura, pluralismo,* coordinado por Luis Pomed, Letrado del Tribunal Constitucional. ***videoconferencia***

DEL 1 AL 30 DE ABRIL: Programa de Formación Parlamentaria organizado por la Asamblea Nacional del Ecuador con el apoyo del Instituto Ecuatoriano de Estudios Legislativos, la Fundación Manuel Giménez Abad y con el aval académico de la Universidad del Espíritu Santo, en la Asamblea Nacional de **Ecuador**.

6 Y 7 DE ABRIL: V Encuentro Ibero-Italoamericano de Derecho Parlamentario y XXVIII Jornada de *Interpretación y Aplicación de la Constitución,* coorganizado con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Política de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE), y el Instituto de Derecho Parlamentario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Buenos Aires). ***videoconferencia***

8 DE ABRIL: Jornada Debates Constitucionales *Estado de derecho y Poder judicial en Polonia*, en colaboración con el Centro de estudios de partidos políticos de la UNED. ***videoconferencia***

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

15 DE ABRIL: Jornada *La constitución del algoritmo*, dirigida por Francisco Balaguer, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. ***videoconferencia***

19 DE ABRIL: Resolución del XI Premio "Manuel Giménez Abad" para trabajos de investigación sobre el **Parlamento**.

21 Y 22 DE ABRIL: XII Jornadas de Derecho parlamentario *Gobernabilidad y Constitución*, en colaboración con la UNED y el Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid en la Facultad de Derecho de la UNED en **Madrid. *videoconferencia***

26 DE ABRIL: Resolución del XVIII Premio "Manuel Giménez Abad" para trabajos de investigación sobre la **descentralización política y territorial.**

28 DE ABRIL: Jornada *Diplomacia parlamentaria en el ejercicio de la Buena Gobernanza*, organizada por el Instituto Centroamericano de la Administración Pública (ICAP), en colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Costa Rica; el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), y la Fundación Manuel Giménez Abad, en **Costa Rica**.

6 DE MAYO: Acto Homenaje a Manuel Giménez Abad.

12 DE MAYO: Jornada *Constitución, unidad y diversidad lingüística,* coordinada por Antonio López Castillo, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. ***videoconferencia***

26 DE MAYO: Debate *Parlamento y COVID. Una visión iberoamericana*. ***videoconferencia***

27 Y 28 DE MAYO: VI Encuentro Ibero-Italoamericano de Derecho Parlamentario: "XXIX Jornada de interpretación y aplicación de la Constitución", coorganizado por CEUB-Brasilia, el Instituto de Derecho Parlamentario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal **(Buenos Aires) y el I**nstituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario.***Desde Brasilia videoconferencia** ■

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

2 DE JUNIO, Jornada *Fondos europeos de recuperación y resiliencia: una oportunidad para la economía aragonesa*, coordinada por Eduardo Bandrés. ***videoconferencia***

16 DE JUNIO: Foro Derechos Ciudadanos 2021 *Medio ambiente*, coorganizado con El Justicia de Aragón.

23 DE JUNIO: Jornada *La covid-19 y las desigualdades territoriales en España,* organizada con la Fundación Ebert. ***videoconferencia***

30 DE JUNIO: Debate *La conferencia sobre el futuro de Europa y su proyección en la construcción constitucional europea*, coordinado por Germán Teruel, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia, organizado en colaboración con el Proyecto *Jean Monnet Eucons*. **** videoconferencia***

6 DE JULIO: Jornada Debates Constitucionales: *Los partidos en el Parlamento*, organizado con el Centro de Estudios de Partidos Políticos de la UNED y el Instituto de Derecho Público Comparado (UCIIM). ***videoconferencia***

24 DE SEPTIEMBRE: V Seminario de trabajo *Nuevos horizontes del Derecho Constitucional*, en colaboración con la Red española de doctorandos en Derecho Constitucional.

MES DE SEPTIEMBRE: X Foro de las Autonomías, en colaboración con el Instituto de Derecho Público de Barcelona, **en el Palacio del Senado en Madrid.**

4 Y 5 DE OCTUBRE: Seminario *Debate sobre el Estado (X)*, en colaboración con la Fundación Konrad Adenauer, en el **Monasterio de Piedra.**

27 DE OCTUBRE: Jornada: *Una reflexión necesaria: Funcionalidad y transformación del Parlamento en la era post-covid,* dirigida por José Tudela Aranda, en el marco del proyecto de investigación, "El control y la responsabilidad política en el Estado constitucional con especial referencia al Parlamento en el contexto multinivel".

3 DE NOVIEMBRE XII Observatorio *Novedades del Federalismo en Europa* en colaboración con el Instituto de Derecho Público de Barcelona y la Fundación Friedrich Ebert.

17 DE NOVIEMBRE: Jornada sobre *Terrorismo,* en colaboración con la Fundación Víctimas del Terrorismo y el Instituto Español de Estudios Estratégicos para la Defensa.

1 DE DICIEMBRE: Jornada *Relación entre ciencia y política*, dirigida por Eloisa del Pino.

15 DE DICIEMBRE: Jornada sobre *Historia contemporánea*, dirigida por Julián Casanova. ■

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Cuadernos
Manuel Giménez Abad

DIRECCIÓN:
José Tudela Aranda

COMITÉ CIENTÍFICO:

Xavier Arbós Marín
Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Gerona

Manuel Contreras Casado
Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Zaragoza

Alberto López Basaguren
Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad del País Vasco

Fernando López Ramón
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Zaragoza

Juan José Solozábal Echavarría
Catedrático de Derecho Constitucional de
la Universidad Autónoma de Madrid

COORDINACIÓN:

José Sánchez Medalón y Mario Kölling

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Mario Kölling, UNED:
Novedades del Federalismo comparado

Eva Sáenz Royo, Universidad de Zaragoza:
Novedades del Estado Autonómico

Olga Herraiz Serrano, Cortes de Aragón,
y Pablo Guerrero, Universidad de Zaragoza:
Novedades parlamentarias

Fernando Reviriego Picón, UNED:
Actualidad Iberoamericana

Catalina Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén:
Calidad democrática

Zaragoza 2021

© Fundación Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

ISSN: 2254-4445

DOI: https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0100

Diseño gráfico: Inés Bullich

fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

1. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Estas instrucciones se escriben para servir a los distintos autores en la configuración de las notas e informes para los Cuadernos Manuel Giménez Abad.

Los trabajos deben tener la siguiente estructura formal:

- Título, seguido del nombre del autor y sus datos profesionales.
- Con cada **informe** se debe entregar un breve resumen en Español e Inglés y cinco palabras clave y keywords.
- Se seguirá para la división temática interna el siguiente orden de rotulación: I. 1. A) a).
- El primer epígrafe (I) será una **INTRODUCCIÓN** y el último las **CONCLUSIONES**.
- Se requiere la citación americana, es decir que las referencias se ponen en el texto detrás de la cita entre paréntesis en el siguiente formateo: (nombre del autor, año: número de página - Closa, 1979:13)
- Para publicaciones con más autores solamente se denomina el autor primero.
- Si se citan más de una publicación de un autor del mismo año, las diferentes publicaciones deben ser contrastadas con letras minúsculas.
- Se aconseja utilizar el menor número posible de notas a pie de página. Solo en casos que sean realmente imprescindibles.
- En todos los casos se utilizará el tipo de letra Times New Roman en cuerpo 12. Con separación de espacio y medio.
- Tanto los informes como las notas pueden concluir con una "Bibliografía" no exhaustiva, la forma de cita en la "Bibliografía" será la siguiente:

  Monografías
  APELLIDO, nombre, (año): título, x. edición, lugar: editorial.

  Artículo en una monografía
  APELLIDO, nombre, (año): título, en: Apellido, nombre et al. (Ed.), título de la monografía x. edición, lugar: editorial, pp. xx-xx.

  Artículo de revista
  APELLIDO, nombre (año): título, en: título de la revista, número xx., año xx, pp. xx-xx.

  Papeles de conferencias
  APELLIDO, nombre (año): título (papel de la conferencia "título de la conferencia", fecha, en: lugar).

  Documentos del Internet
  APELLIDO, nombre (año): título, en: www... respectivamente: http://... (Fecha de la visita de la página).
- Tanto los informes como las notas pueden ser publicadas en castellano, ingles, francés o italiano.
- Cada una de las tablas y diagramas debe ir numerada consecutivamente en el texto.
- A la primera mención todos las siglas debe escribirse; se puede dar por supuesto que sean conocidos a todos y la abreviación debe ponerse entre paréntesis detrás.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

2. EL CÓDIGO ÉTICO DE LOS CUADERNOS MANUEL GIMÉNEZ ABAD

Se inspira en los principios de transparencia y buenas prácticas en publicaciones académicas (Committee on Publication Ethics).

El Consejo de Redacción denunciará los casos sospechosos de plagio o de cualquier actitud inadecuada por parte de los/as autores/as. También se comprometen a garantizar que el proceso de evaluación será justo, garantizando el anonimato, la imparcialidad y que se realizará respetando los plazos establecidos. Asimismo, la selección de los/as evaluadores/as se hará atendiendo los criterios de integridad, calidad y conocimiento de la temática objeto del texto remitido.

Los/las autores deben garantizar la originalidad de sus obras y ser conscientes de las consecuencias de una mala praxis académica.

Los/as revisores/as deben mantener la confidencialidad del texto recibido, evaluar atendiendo a los criterios académicos, e informar en el caso en que detecten posibles plagios o mala praxis.

3. POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO Y REÚSO

En línea con la política de acceso abierto a las publicaciones y a la investigación financiada con fondos públicos, la Fundación Manuel Giménez Abad ofrece el acceso y la descarga de manera libre y gratuita de a la versión electrónica de los Cuadernos Manuel Giménez Abad. Se fomenta así la difusión del conocimiento de las ciencias sociales y jurídicas entre el público interesado y la visibilidad de la publicación.

4. DERECHOS DE AUTOR

Los trabajos publicados en los Cuadernos quedarán bajo la Licencia de reconocimiento de Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional, que implica que el artículo y la nota de investigación pueda copiarse, distribuirse y comunicarse públicamente con la única restricción de que en los créditos se reconozca explícitamente al autor y la obra bajo la forma establecida por este, sin derecho a su explotación comercial y la elaboración de obras derivadas.

5. EVALUACIÓN

Recibidos los originales, el equipo editorial realizará acuse de recibo al autor. Los Cuadernos realizan una revisión por pares, recurriendo para ello a evaluadores externos y el consejo de redacción.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

6. ESTRUCTURA DE LOS CUADERNOS

Los apartados de los cuadernos serán los siguientes:

- **Novedades del Federalismo comparado**
  Coordinador: Mario Kölling, UNED,
  mkoelling@fundacionmgimenezabad.es
- **Novedades del Estado Autonómico**
  Coordinadora: Eva Saenz, Universidad de Zaragoza,
  evasaenz@unizar.es
- **Novedades parlamentarias**
  Coordinadores: Olga Herraiz Serrano, Cortes de Aragón;
  Pablo Guerrero, Universidad de Zaragoza,
  OHerraiz@cortesaragon.es
- **Actualidad Iberoaméricana**
  Coordinador: Fernando Reviriego, UNED,
  fernando.reviriego@der.uned.es
- **Calidad Democrática**
  Coordinadora: Catalina Ruiz Rico, Universidad de Jaén,
  crrico@ujaen.es

Cualquier duda o consulta sobre el contenido de estas instrucciones o formulación de problemas particulares que puedan plantearse debe dirigirse al coordinador del área de los cuadernos o a los coordinadores técnicos: Jose Sánchez, JSanchez@cortesaragon.es o Mario Kölling: mkoelling@fundacionmgimenezabad.es

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

LISTA DE EVALUADORES

Jorge Alguacil González-Aurioles. UNED
Ignacio Álvarez Rodríguez. Universidad de Valladolid
Antonio Arroyo Gil. Universidad Autónoma de Madrid
Alvaro Aznar Forniés. Gobierno de España
Daniel Barceló Rojas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Juan Manuel Bautista Jiménez. Universidad de Salamanca
Luis Bouza García. Universidad Autónoma de Madrid
Rafael Bustos Gilabert. Universidad Complutense de Madrid
Manuel Cabanas Veiga. Universidad de A Coruña
José Angel Camisón Yagüe. Universidad de Extremadura
Ana Carmona Contreras. Universidad de Sevilla
Walter Carnota. Universidad de Buenos Aires
Sergio Castel Gayán. Gobierno de Aragón
Josep Mª Castellà Andreu. Universidad de Barcelona
Jorge Castellanos Claramunt. Universitat de València
Lourdes Cattini. Parlamento de Uruguay
Enrique Cebrián Zazurca. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza
César Colino Cámara. UNED
Ernani Contipelli. Universidade Comunitária da Região de Chapecó
Gabriela Chiriboga Herrera. UNED
Tomás de la Quadra-Salcedo Janini. Tribunal Constitucional
Juan Luis de Diego Arias. UNED
Javier Díez Zaera. Gobierno de España
Guillermo Escobar Roca. Universidad de Alcalá
Daniel Fernández Cañueto. Universidad de Lérida
Roberto Fernández Llera. Universidad de Oviedo
Luis Fernández-Caballero Lamana. Gobierno de Aragón
Yolanda Gamarra Chopo. Universidad de Zaragoza
Elena García Guitián. Universidad Autónoma de Madrid
Eloy García López. Universidad Complutense de Madrid
Carlos Garrido López. Universidad de Zaragoza
Isabel Giménez Sánchez. Universidad Autónoma de Madrid
Itziar Gómez Fernández. Universidad Carlos III de Madrid
Yolanda Gómez Lugo. Universidad Carlos III de Madrid
Esteban Greciet García. Asamblea de Madrid
Pablo Guerrero Vázquez. Universidad de Zaragoza
Jorge Hernández Moreno. Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)
Angustias Hombrado Martos. UNED
Mercedes Iglesias Bárez. Universidad de Salamanca
Maria Dolores Llop Ribalta. Cortes de Aragón
Augusto Martín de la Vega. Universidad de Salamanca

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS ENERO A MAYO DE 2021

ACTIVIDADES PREVISTAS MAYO A DICIEMBRE DE 2021

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

Giuseppe Martinico. Scuola Sant'Anna de Pisa

Manuel Medina Guerrero. Universidad de Sevilla

Pilar Mellado Prado. UNED

Francisco Palacios Romeo. Universidad de Zaragoza

Manuel Palomares Herrera. Ayuntamiento de Jaén

Sara Parolari. EURAC

Eloísa Pérez Conchillo. Universidad de Granada

Miguel Pérez-Moneo. Universitat de Barcelona

Luis Pomed Sánchez. Tribunal Constitucional

Paula Robledo. Universidad Externado de Colombia

Neliana Rodean. Università di Verona

Roberto Rodriguez Melendez. Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", el Salvador

Rafael Rubio Núñez. Universidad Complutense de Madrid

Montserrat Salas Valero. Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud

Mayte Salvador Crespo. Universidad de Jaén

María Salvador Martínez. UNED

Pablo Sánchez-Molina. Universidad de Málaga

Javier Sierra Rodríguez. Universidad de Murcia

Jean-Francois Tremblay. University of Ottawa

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico