

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

Número 3 • julio-diciembre 2022

AC 
ASUNTOS CONSTITUCIONALES

ASUNTOS CONSTITUCIONALES




Sur de Europa

DIRECTOR

Antonio J. Porras Nadales

SECRETARIO

Juan José Ruiz Ruiz

CONSEJO ASESOR

Miguel A. Agudo Zamora, Roberto Blanco Valdés, Ana M^a Carmona Contreras, Josep M^a Castellá Andreu, Francisco Javier Díaz Revorio, Silvio Gambino, José Luis García Guerrero, Francisco Javier García Roca, Juan Fernando López Aguilar, Marcos Massó Garrote, Luca Mezzetti, José María Morales Arroyo, Pablo Lucas Murillo De La Cueva, Joan Oliver Araujo, Miguel Revenga Sánchez, Fernando Rey Martínez, M^a Josefa Ridaura Martínez, Ángel Rodríguez Vergara, Agustín Ruiz Robledo, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Alejandro Saiz Arnáiz, Óscar Salazar Benítez, Ángel Sánchez Navarro, Roberto Scarciglia, Rosario Serra Cristóbal, Antonio Torres Del Moral, Carlos Vidal Prado.

ISSN: 2660-9444

EDITA: CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y JURÍDICOS "SUR DE EUROPA", Jaén.

Diseño y maquetación José Miguel Blancowhite

SUMARIO

ESTUDIOS

- Lucio Pegoraro.** "Desde los códigos, constitución de la burguesía, hacia la "hiperconstitucionalización" del derecho civil globalizado. [5](#)
- Nicolás Pérez Sola.** "El contenido esencial del ius in officium y su limitación por la declaración del estado de alarma. Comentario a la STC 168/2021". [27](#)
- Juan Manuel López Ulla.** "La función parlamentaria de orientación e impulso en Andalucía". [39](#)
- María José Roca Fernández.** "Restricciones de los derechos de reunión y manifestación a causa de la pandemia COVID en la jurisdicción alemana". [55](#)

NOTAS

- Antonio Porras Nadales.** "Escenarios tras la pandemia en clave de gobernanza". [69](#)
- Alberto Anguita Susi.** "Estado de alarma, elecciones y derecho de sufragio". [77](#)

DESDE LOS CÓDIGOS, CONSTITUCIÓN DE LA BURGUESÍA, HACIA LA "HIPERCONSTITUCIONALIZACIÓN" DEL DERECHO CIVIL GLOBALIZADO*

Lucio Pegoraro

Catedrático de Derecho Público. Universidad de Salamanca
luciopegoraro@hotmail.com

Sumario:

I. DEFINICIÓN DE LA PALABRA-CLAVE: CONSTITUCIONALIZACIÓN. II. EL DERECHO CIVIL, CONSTITUCIÓN EN SENTIDO SUBSTANCIAL, Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL. III. EL *CIVIL LAW* DE LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA AL *WELFARE STATE*. IV. LAS CONSTITUCIONES DEL CONSTITUCIONALISMO Y SU CIRCULACIÓN. V. CAMBIAN LAS RELACIONES PROPIETARIAS: EL DERECHO SOCIALISTA. VI. DICTADURAS Y TOTALITARISMOS: LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES AGRARIOS Y BURGUESES. VII. CONSIDERACIONES INTERLOCUTORIAS. VIII. LOS CÓDIGOS Y LA COLONIZACIÓN. IX. GLOBALIZACIÓN. X. EL *SOFT LAW*: ¿UN NO-DERECHO QUE DE-CODIFICA EL DERECHO CIVIL?. XI. LA DECONSTRUCCIÓN DE LAS FUENTES Y LA INVENCIÓN DE LAS HÍPER-FUENTES. XII. PERSPECTIVAS CONTRAHEGEMÓNICAS DEL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO.

5

* Profesor de la Cátedra de Derecho público comparado de la Universidad de Salamanca, Profesor de la Alma Mater, previamente investigador en la Universidad de Padua y Catedrático de Derecho Público Comparado en las Universidades de Trieste y Bolonia (Italia); Profesor afiliado en la Universidad Autónoma de Nuevo León (México) y docente en varias Universidades de España y América Latina.

Artículo escrito en el marco del PRIN 2017 "From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space" (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001).

RESUMEN

El artículo afirma que el Derecho civil –es decir las relaciones entre particulares– es la *verdadera* constitución en sentido substancial, y que donde se constitucionalizan reglas económicas y sobre los derechos propietarios en conflicto con las reglas efectivas practicadas por los particulares la constitución puede considerarse válida pero no eficaz. Se detiene entonces sobre el papel de los códigos en la fase del liberalismo, en la fase liberal-demócrata y en la fase actual de globalización. En particular, la “ductilización” de las fuentes, especialmente por el Derecho transnacional y por el *soft law*, y la construcción de una “híper-constitución” forjada por el binomio doctrina-jurisprudencia, inmutable, eterna, y con pretensiones universales, están en conflicto con el derecho civil vigente en larga parte del mundo y acompañan el diseño “imperial” de la globalización.

Palabras clave:

Derecho civil, constitución, códigos, globalización, híper-constitución.

ABSTRACT

The article addresses the thesis that civil law – i.e. the relationships amongst individuals – substantially is the “true” constitution. To this end, the essay points out that in such cases where constitutional provisions aim at framing economic rules and property rights in conflict with the effective rules as performed by individuals, the constitution itself may be considered valid, but not effective. Furthermore, the analysis focuses on the role of legal codes during three phases: i) liberalism; ii) liberal-democratic; iii) (current) globalization. In particular, the “ductilisation” of sources, especially by transnational and soft law, and the construction of a “hyper-constitution” (established by the binomial scholarship-jurisprudence, and considered immutable, eternal, and with universalistic pretensions) are in conflict with the civil law currently in force almost globally, complementing the “imperial” design of globalization.

Key Words:

COVID-19, Parliament, Open Parliament, Transparency, Participation.

I. DEFINICIÓN DE LA PALABRA-CLAVE: CONSTITUCIONALIZACIÓN.

El término “constitucionalización” deriva de “constitución” y “constitucionalismo”, a los que otorga un sentido dinámico (es decir, elevar una regla a un nivel más alto, superior al legislativo, otorgarle un rango vinculante más fuerte que el de las reglas “normales”).

“Constitución” en su significado común significa “la forma en la cual una cosa es constituida”, pero este sentido amplio corresponde solo a uno de los significados de “constitución” en el lenguaje jurídico¹. Aparte del significado de “*constitutio*” en el Derecho romano, normalmente se entiende, como significado originario de esta expresión en el lenguaje jurídico moderno, una organización política de tipo liberal y garantista, como la consagrada por el famoso art. 16 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 («Cada sociedad en la cual no estea establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución»). No solo forma, pues, sino también sustancia: un mero documento, que sin embargo solemniza la garantía de los derechos y la división de poderes².

La forma caracteriza además otro sentido de “constitución”, cuando se hace referencia a un documento solemne, con un *nomen* a veces diferente³, a menudo pero no siempre aprobado con procedimientos especiales, muchas veces con contenidos amplios y genéricos, que siempre conciernen a los poderes, a las relaciones entre órganos del Estado y casi siempre (hoy) también a las relaciones entre autoridad y libertad (es decir, los derechos), con indicación de las finalidades del Estado, exposición de axiologías y decisiones de valores⁴.

Existe además un sentido “sustancial” (y no ideológico) de “constitución”, que equivale al conjunto de normas consideradas fundamentales en cada ordenamiento⁵. Cualesquiera que sean las doctrinas inspiradoras y los fines perseguidos, cada sistema tiene su propia constitución. Se entiende entonces por “constitución en sentido sustancial” el conjunto de los actos y hechos normativos a los que la doctrina de un ordenamiento reconoce relevancia constitucional incluyendo, además de la constitución formal, también fuentes que no tienen dicho rango, pero que contribuyen a definir la “materia constitucional”, es decir, la estructura fundamental de una comunidad estatal⁶.

1 Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994.

2 Varias definiciones de constitución en R. GUASTINI, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992; H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2002, trad. it. *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, Carocci, Roma, 2008 [y varias voces de L. PEGORARO (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Carocci, Roma, 2009, trad. esp. *Glosario de Derecho público comparado* (al cuidado de E. FERRER MAC-GREGOR, M. NUÑEZ, C. ASTUDILLO, G. ENRÍQUEZ FUENTES, P. TORRES ESTRADA), Porrúa, México, 2012]; G.G. FLORIDIA, “Qu’est ce-que ... la constitution?”, en ID., *Scritti minori*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 3 ss. Para un marco general (historia del concepto, doctrinas subyacentes, teorías generales, clasificaciones, etc.) v. C. MORTATI, voz “Costituzione (Dottrine generali)”, en *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 132 ss.; F. MODUGNO, “Il concetto di costituzione”, en AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, 4 vols, Giuffrè, Milano, 1977, I, p. 197 ss.; P. BARILE, M. FIORAVANTI, voz “Costituzioni”, en *Enc. sc. soc.*, II, Ist. enc. it., Roma, 1992, p. 548 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1999, trad. esp. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001; J. GIL, voz “Costituzione”, en *Enc. Einaudi*, IV, Einaudi, Torino, 1978, p. 3 ss. En clave politológica G. SARTORI, “Costituzione”, en ID., *Elementi di teoria politica*, 3ª ed., il Mulino, Bologna, 1995, p. 13 ss.

3 “Estatuto”, “Carta”, “*Grundgesetz*” o “Ley Fundamental” o, en otras formas de Estado, “Principios Fundamentales” o “Programa común”, como en China.

4 R. BLANCO VALDÉS, voz “Constitución”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 37 s.

5 V. por ej. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6ª ed., Utet, Torino, 1985, p. 169 ss. (y también C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Cedam, Padova, 2 vols, I, 1975, p. 31). En este sentido, por ejemplo, W. Bagheot escribe *The English Constitution*, Sir W.I. Jennings *The British Constitution*, y otros autores, varios manuales de *Constitutional Law* británico (es decir, de un sistema sin constitución escrita): v. W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Chapman & Hall, London, 1867, trad. it. *La Costituzione inglese*, il Mulino, Bologna, 1995; y W.I. JENNINGS, *The British Constitution*, Cambridge U.P., London, 1941, 5ª ed., reimpr. Un. Printing House, Cambridge, 1971.

6 El concepto debe mantenerse separado tanto del de “constitución viviente”, que es la constitución así interpretada y aplicada por los distintos actores políticos, como del de “constitución material” (C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940. En sus *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., I, p. 34, C. MORTATI explica que «no es correcto suponer que

“Constitucionalización” en sentido estricto significa entonces elevar una norma (o un conjunto de normas) o un principio en su connotación débil (bases inspiradoras de normas) a un rango superior: en perspectiva más amplia, elevarlos no solo a una constitución rígida en sentido formal, sino a algo superior porque así establecido por la jurisprudencia o a veces por la propia doctrina. En el Reino Unido, los principios del *common law* –en prevalencia de Derecho civil y procesal– se consideran vinculantes, aunque en teoría el Parlamento pueda derogarlos, así como en el Derecho público los órganos constitucionales respetan las *conventions of the constitution*.

En occidente, “constitucionalización del Derecho civil” significa elevar al rango constitucional algunos de los principios básicos del Derecho civil, o cuando menos “verbalizar” los intereses subyacentes de las clases sociales que los expresan (por ej: “la propiedad es sagrada e inviolable”, o al revés “la propiedad tiene una función social”, u otros en materia de Derecho de familia, de sucesión, de herencia, etc.).

Sin embargo, no siempre las constituciones en su conjunto reflejan la *Grundnorm*. Muchas veces son impuestas desde fuera o condicionadas, y no siempre son contramayoritarias, porque no incorporan los valores de la sociedad en su conjunto⁷. Incluso la constitución de Estados Unidos de América solo es contramayoritaria en el álveo de los valores burgueses. Por eso rechaza la teoría del núcleo duro, al igual que Francia. No lo fueron tampoco, contramayoritarias, las constituciones ochocentistas (flexibles). Lo fueron las rígidas social-demócratas del Estado social de Derecho, que incorporan los valores sea de la clase burguesa, sea de las clases obrera y campesina.

“Constitucionalización” es un fenómeno dinámico y no estático: lo es, estático, cuando la constitución en sentido substancial coincide con las bases tradicionales de la sociedad (Derecho tradicional), con la relación con Dios o el orden físico y espiritual (Derecho religioso), con el principio básico “pacta sunt servanda” (Derecho convencional), con la legitimidad de la razón (Derecho jurisprudencial, con base docta o judicial)⁸. En tradiciones jurídicas distintas de la occidental de *civil law*, o de *common law* con constitución formal, superior a la ley, no se puede hablar de “constitucionalización”, porque justamente la relación entre particulares (lo que en occidente representa el objeto del Derecho civil), y entre ellos y el orden moral o incluso físico, es la constitución (en sentido substancial).

una constitución formal, una vez que haya entrado en vigor, resuma totalmente ese conjunto de elementos y factores que se incluyen en el concepto de constitución material, de modo que se les pueda considerar irrelevantes para el estudio del Derecho, y ponerlos en el espacio de lo pre-jurídico», haciendo referencia al concepto de “Derecho viviente” que en sí (es decir, en la eficacia) encuentra legitimación): se habla de “constitución material”, tanto en el sentido de conjunto de valores fundamentales y no modificables de un sistema, como en el sentido más reducido de núcleo originario derivado de la voluntad política, que no está sometido al Derecho, sino lo crea. La formulación más extrema (y conocida) de la constitución como producto de la fuerza y de los cañones, y en consecuencia “trozo de papel”, es de F. LASSALLE, “Über Verfassungswesen” (1862), en Id., *Gesammelte Reden und Schriften* (al cuidado de E. BERNSTEIN), 2 vols, Cassirer, Berlin, 1919, p. 38. En este último significado, los comparatistas pueden usar la expresión para estudiar ordenamientos que someten el Derecho a la fuerza, y no la fuerza al Derecho. También H. KELSEN habla de constitución material (en *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 1960, cap. V, § 35, let. a, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 252), pero en el sentido de “regla sobre la producción de reglas”.

7 Sobre las constituciones impuestas, L. PEGORARO, “Constituciones (y reformas constitucionales) ‘impuestas’ o ‘condicionadas’ (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)”, en R. ESCUREDO RODRÍGUEZ, J. CANO BUESO (eds), *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012)*, Un. de Almería, Almería, 2013, p. 75 ss., y en *Pensamiento const.*, n. 18, 2013, p. 331 ss.

8 Las referencias son a las categorías de la legitimación del poder elaboradas por A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1998, p. 257 ss., que se hacen eco de las propuestas de J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Story-Scientia, Diegem, 1995, p. 334 ss. Éste –como lo recuerda A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 94– «moviéndose (...) de una noción de sistema jurídico liberado del requisito de la estatalidad, propone reagrupar el derecho a partir de la “fuente dominante”, es decir del prevalente “modo de formulación del derecho”, y de concentrarse sólo en un segundo tiempo en eventos como “la ideología o la técnica”. De esta manera podemos distinguir: un “sistema consuetudinario” generado por el comportamiento de los miembros de la sociedad, un “sistema doctrinal” centrado en las reglas producidas por los académicos, un “sistema jurisprudencial” basado en los preceptos de los jueces, un “sistema legislativo” basado en órdenes formuladas por un vértice y un “sistema revelador” atribuible a una deidad».

II. EL DERECHO CIVIL, CONSTITUCIÓN EN SENTIDO SUBSTANCIAL, Y SUS RELACIONES CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL.

No quiero detenerme aquí en el desarrollo del *common law*, ni en la substancial indiferencia de Inglaterra y luego Reino Unido respecto de la clásica distinción típica del Derecho continental entre Derecho público y privado, aunque más tarde, hablando de “hiper-constitución”, veremos cómo la diferencia difumina en ambas familias jurídicas e incluye también a otras.

Prefiero subrayar, en particular, que el fenómeno de la codificación del Derecho civil se acompaña y entrelaza con aquel de la codificación de las constituciones.

Empezando por las teorías de la Ilustración, es evidente que constitucionalismo y codificación siguen el mismo camino.

Las fuentes son aquellas nuevas, los códigos; el Parlamento es el sujeto que genera las fuentes; la nueva clase social representada en el Parlamento toma, en aquella sede, los propios derechos de autonomía (de darse reglas), de libertad (de ser protegida de los abusos de los soberanos), de dominio (de disfrutar la propiedad). Hay conexiones recíprocas, no solo entre estas categorías de derechos, sino también entre derechos, lugar de producción (el Parlamento), forma de producir (la ley, el código), ideología (liberalismo).

La tipología de los derechos configurada en el siglo XIX estaba en armonía: intereses de libertad (a la licitud de ser, vivir, desarrollarse, transformarse y morir a su propia manera); de autonomía (de darse norma a sí mismo), de dominio (al disfrute protegido de bienes, a disponer sobre el acceso de otros bienes, a disponer de su transferencia) se contemplaban y eran funcionales para la sociedad burguesa⁹. El hombre propietario, titular de intereses de dominio, reivindicaba autonomía de decisión sobre sus propios bienes y sobre su propia libertad. El Parlamento fue el lugar de síntesis de tal armonía; el sistema de fuentes fue afectado, haciendo superflua la rigidez constitucional y la reserva agravada; ninguna exigencia emergía, en cuanto al control de la constitución. Es significativa la respuesta que Sièyes da al interrogatorio de su famoso panfleto *Qu'est-ce que le Tiers État?*, ya desde la primera línea: «Tout»¹⁰.

Los derechos de dominio, que caracterizan las relaciones entre particulares y entonces el Derecho civil, son los que marcan las distintas formas de Estado. Cuando, bajo la presión de las clases sociales emarginadas, se introducen los derechos de crédito, todo cambia.

Con la irrupción de los intereses de crédito (para recibir bienes, servicios, prestaciones), salta el esquema perfecto. La disonancia entre las primeras tres tipologías, provocada por la entrada de la cuarta, provoca la crisis de las fuentes, conduce al endurecimiento de las constituciones, y genera la exigencia de dar efectividad a los derechos: no solo aquéllos de crédito, sino también a las otras tipologías, cuyo ejercicio no era más prerrogativa solo del hombre burgués, representado en el Parlamento en base a “*la richesse et les lumières*”¹¹.

9

9 Sobre la clasificación propuesta por Burlamaqui v. U. SCARPELLI, “Diritti positivi, diritti umani: un’analisi semiotica”, en S. CAPRIOLI, F. TREGGIARI (eds), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 43 s. Una formulación de la preponderancia de los intereses de dominio se encuentra en el Estatuto Albertino de 1848: «Art. 29. – Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l’interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi».

10 E.S. SIÈYES, “Qu’est-ce que le Tiers État?” (1789), trad. it. *Che cosa è il terzo stato?*, Editori Riuniti, Roma, 1972, y en *Opere e testimonianze politiche*, I, *Scritti editi* (al cuidado de G. TROISI SPAGNOLI), Giuffrè, Milano, 1993.

11 B. CONSTANT, “De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes” (1849), en ID., *Écrits politiques*, Gallimard, Paris, 1997, p. 593 ss.

III. EL CIVIL LAW DE LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA AL WELFARE STATE.

Desde finales de 700, y sobre todo después del *Code civil* francés, las verdaderas “constituciones” en sentido substancial son los códigos, aunque estén acompañados por constituciones en sentido formal.

Lo que distingue las consolidaciones y las codificaciones antiguas¹² y aquellas sucesivas, hasta el siglo XVIII, de los códigos elaborados después de la Revolución francesa, no es tanto la fuente, pública en ambos casos, ni el valor (oficial) o el carácter innovador, ni el estilo o la implantación, como el hecho de que estos últimos, rechazando la supervivencia del *jus commune* y de los Derechos particulares, sobre la base de las ideas del iusnaturalismo racionalista, del iluminismo o del iuspositivismo, pretenden renovar las bases del sistema de fuentes y no sólo racionalizar las fuentes existentes en una compilación preordenada para un mejor conocimiento¹³; fueron condicionados, sin embargo, también ellos por la herencia del Derecho romano, al punto que todas las codificaciones de los siglos XVIII y XIX pueden ser consideradas el producto natural de la tradición de Derecho civil¹⁴.

La ley por antonomasia es por tanto el código: «un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (...) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para (...) todo el Estado (...), destinado a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política estatal, por esta autoridad adoptado y publicado, abrogatorio de todo el Derecho precedente sobre la materia disciplinada y por ello no integrable con materiales jurídicos ya vigentes, y destinado a durar largo tiempo»¹⁵.

El diferente desarrollo de la situación política, la sensibilidad de los Monarcas, la formación de los juristas, la unidad o el quebrantamiento de los Estados, la madurez de nuevas doctrinas políticas condicionaron, sin embargo, la huella de varias codificaciones¹⁶. En el *Code civil*, que entró en vigor en 1804, viene ordenado un satisfactorio punto de equilibrio entre abstracción y sistema casuístico, mientras fue definitivamente establecido el nuevo modelo de técnica legislativa. Sea en él, sea en el gran *Code de commerce* de 1807, cuya redacción fue parcialmente influenciada por el mismo Napoleón¹⁷, el nexo con el Derecho romano es estrecho, bien por el contenido, bien por la sistematización de la materia.

Pese a la identidad de algunos presupuestos, la codificación alemana presentó características profundamente diversas en su vigorosa reacción al sistema francés. La Escuela Histórica de Savigny, Puchta,

10

12 El código de Hammurabi, el Decálogo de la Biblia, las Doce Tablas, el código de Justiniano, etc.

13 Una exposición de las más importantes consolidaciones y codificaciones del Derecho romano al contemporáneo en el mundo occidental se encuentra en M.E. VIOLA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Giappichelli, Torino, 1967. Véase, sobre los antecedentes, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982; en general, V. PIANO MORTARI, voz “Codice (storia)”, en *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 228 ss.; así como G. TARELLO, voz “Codice (Teoria generale)”, en *Enc. giur.*, VI, Ist. enc. it., Roma, 1988, p. 1 ss.; y R. SACCO, voz “Codice (diritto comparato e straniero)”, *ibid.*, p. 1 ss. En relación con las recopilaciones de textos jurídicos de la antigüedad se puede consultar la *Rev. int. dr. antiquité*; y J. GAUDEMET, “L’autorité de la loi et de la coutume dans l’antiquité”, en AA.Vv., *Rapports Généraux au V^e Congrès international de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1960, p. 9 ss.

14 A. WATSON, *The Making of the Civil Law*, Harvard U.P., Cambridge, 1981, p. 14 ss.

15 G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Absolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna, 1976; ID., voz “Codice”, cit., p. 1; ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 41.

16 Sobre la gran codificación, véase G. CORRADINI, *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell’Ottocento*, Giuffrè, Milano, 1971; R. BONINI, *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, I, Patron, Bologna, 1973; A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Lgdj, Paris, 1969; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, II, ed. rev., Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, II, Giuffrè, Milano, 1980; F. VIOLA, M. URSO, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Giappichelli, Torino, 1989; G.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 4^a ed., II, *Dal medioevo all’età contemporanea*, Giappichelli, Torino, 1989. Una gran cantidad de información útil aparece en los tres volúmenes de AA.Vv. dedicados a *L’educazione giuridica*, Esi, Napoli, 1988, y en los tres volúmenes sobre *Reason in Law: Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984*, Giuffrè, Milano, 1987-88. Véase también AA.Vv., *Legislazione. Profili giuridici e politici. Atti del XVII Congresso naz. della Soc. it. di filosofia giur. e pol.*, Giuffrè, Milano, 1992.

17 A. PADOA SCHIOPPA, “Napoleone e il Code de commerce”, en AA.Vv., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, 3 vols, Giuffrè, Milano, 1980, II, p. 1325 ss., y en ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Led, Como, 1984.

Hugo, que contemplaban el Derecho romano, como también los germanistas J. Grimm, Eichhorn, Beseler, rechazaron la idea misma de un único código que unificase el Derecho de tantos Estados en que se dividían los pueblos germánicos, tal y como venía patrocinado por Thibaut; al contrario, el Derecho podía crecer “orgánicamente” solo a través de la costumbre, la praxis y la ciencia. El positivismo científico de la Escuela Histórica y de la Pandectística estaba, sin embargo, destinado a pagar también él su tributo al positivismo legislativo, pese a la ausencia de una revolución y no obstante la derrota sufrida en 1848 por el movimiento liberal, fautor de la codificación. El *Reich* bismarckiano nacido en 1870 produce los primeros proyectos de códigos civiles, que serían desarrollados en el *BGB*¹⁸ que entró en vigor el 1 de enero de 1900. Si, por así decir, el “contenedor” era el mismo –esto es, un código, tanto en Francia como en Prusia, en Austria como ahora en el *Reich* germánico–, el contenido del *BGB* fue sin embargo un producto de la Pandectística alemana, en el que era evidente el repudio del Derecho abstracto y racional, a favor del Derecho histórico y nacional, con una amplia parte general, con generosas concesiones a las cláusulas generales y, junto a ello, a la apreciación del juez, que los franceses como decía Montesquieu consideraban en cambio mera “*bouche de la loi*” (boca de la ley).

Frenado por la Restauración, el impulso hacia la unificación del Derecho y la codificación recobra nueva fuerza en Suiza después de los motines de 1848. Varios Cantones se dictaron códigos propios, que tomaban como modelo, en alguna ocasión, a los precedentes franceses o al austríaco, mientras la tendencia a la unificación se concretó en un “Derecho de las obligaciones” en 1884¹⁹, aunque encontró el resultado más elevado en el código civil, influenciado tanto por el positivismo como por la Pandectística y que, proyectado nueve años más tarde, entró en vigor el 30 de marzo de 1911.

Las codificaciones francesas, alemanas y suiza representaron los modelos de una recepción de alcance ecuménico. Los territorios restaurados después de la caída de Napoleón asistieron casi todos a repentinas abrogaciones de los códigos franceses allí introducidos y al momentáneo resurgimiento del *jus commune*, pero su evidente inadecuación, la difusión de la cultura iluminista, las exigencias de unificación del Derecho, las presiones de los movimientos liberales, indujeron a los distintos príncipes a proceder a nuevas codificaciones (cuando no se conservó simplemente el *Code civil*). Sin dejar de influir en los países objeto de la conquista napoleónica, como Suiza, Italia, los Países Bajos y Bélgica, los códigos franceses fueron exportados a otras regiones de Europa y del mundo²⁰.

Inmunes a los influjos del *common law*, en el curso del siglo XIX todos los Estados latinoamericanos, que apenas acababan de alcanzar la independencia, consideraron indispensable dotarse de códigos y superar el Derecho basado en las Leyes de Indias, las llamadas Siete Partidas (América española) o las *Ordenações Filipinas* (Brasil). Allí, la codificación habló francés por la imposibilidad de utilizar otros modelos, en particular los de los países de lengua materna –España y Portugal– los cuales no solo representaban la antigua potencia colonial, sino que carecían de códigos civiles respectivamente hasta 1889 y 1867, cuando se proveyeron de los mismos imitando el prototipo napoleónico. En el mismo tiempo, otras experiencias codificadas dan testimonio del exitoso intento de implantar en el *corpus* del “ultraocéano” institutos propios del Derecho indígena²¹.

Después de mediados del siglo, los códigos franceses fueron contemplados también, en el Norte del continente, por Luisiana, Quebec y hasta por California y Dakota; así como, después de la descolonización, por las ex-colonias francesas y por Somalia y Etiopía. En los territorios musulmanes, la implantación de los códigos franceses ocasionó problemas –no como en América Latina–, por por la enorme distancia que separaba, y continúa separando, las concepciones filosóficas, culturales, religiosas y las condiciones políticas, económicas y sociales de Occidente respecto de las del mundo islámico y del Derecho por él expresado: era fatal que un Derecho rígido manifestase profundas crisis de rechazo por las instancias de renovación que sin embargo fueron perseguidas en otras ocasiones. En el Imperio otomano, donde la Ley de las

18 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

19 *O.R., Obligationrecht*.

20 V. en general P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2016.

21 Véase S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, Esi, Napoli, 2017, p. 55 ss.

Capitulaciones, que aseguraba la aplicación del Derecho occidental a los europeos, había favorecido una parcial familiarización de varios sistemas jurídicos, la influencia francesa se traduce en un código comercial en 1850 y en un código penal en 1858. Así también, en el curso del siglo XIX se proveyeron de códigos Túnez, Argelia y Egipto.

Es necesario prestar atención también a la circulación de los códigos alemanes y, en particular, del *BGB*. Ellos no fueron nunca objeto de pasivas recepciones pero su influencia fue notable en Japón y en China (código de 1929); en Brasil y en Perú; en Hungría, Yugoslavia, Checoslovaquia y en Grecia. A su vez, el código civil suizo no solo representó una piedra miliar de la modernización turca emprendida por Mustafá Kemal (1927)²², sino que también llegó a influenciar a numerosos países de Europa Oriental²³, de Sudamérica²⁴ y de Asia²⁵.

No obstante las numerosas crisis de rechazo que la codificación sufrió, bien en Europa (especialmente en los países germánicos), bien más tarde en países declarados independientes²⁶, el modelo codificado hunde por todas partes firmes raíces, acompañando a otro gran movimiento coetáneo: el de la formalización de las constituciones.

El acuerdo perfecto entre código y sociedad de su tiempo empezó a romperse apenas el programa liberal expresado por él se demostró insuficiente para afrontar la nueva misión que el Estado se proponía en el campo social²⁷. La crítica a los códigos proviene, bien de los componentes políticos que reputaban inadecuadas las “gotas de aceite social” a veces incluidas en el texto, bien de la Iglesia, de la doctrina o de la jurisprudencia, llamada a interpretar los códigos y que alcanza a reivindicar con la *Freirechtsschule* –Escuela del Derecho libre– un papel creativo. Fue, sin embargo, el mismo legislador el que propinó el decisivo golpe al modelo codificador, en el que el Estado liberal se reconocía²⁸. Al final del siglo XIX y, sobre todo, después de la I guerra mundial, la legislación laboral, aseguradora, previsor sobre los alojamientos, etc., viene a afincarse y a sobreponerse a los códigos, formando un cuerpo de leyes especiales, con las que los Parlamentos querían satisfacer las necesidades de nuevas clases y de particulares grupos²⁹.

La ley especial no se caracteriza solo por su contenido: la técnica legislativa se corrompe y la formulación de los enunciados no presenta la claridad de los códigos; a la ley le faltan las características de generalidad y de abstracción; la naturaleza concreta que ella asume comporta inmediatas recaídas sobre la administración y la jurisdicción³⁰; se hace más denso el filtro de los operadores y de los aparatos de la ejecución; los magistrados son llamados a colmar las lagunas y a establecer válidas interpretaciones de disposiciones que no alcanzan a estar en el sistema.

22 M.G. LOSANO, *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, 2ª ed., Unicopli, Milano, 1985.

23 URSS (código civil de 1923), Checoslovaquia, Hungría y Polonia.

24 En especial el código civil de Perú.

25 Siam y China.

26 En particular donde la raíz del Derecho consuetudinario, jurisprudencial y religioso obstaculizó su aplicación.

27 F. KLEIN, “Die Lebenskraft des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches”, en AA.VV., *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911*, Manz, Wien, 1911, p. 3 ss. Sobre la crisis de la ley, v. F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), reimpr. Giuffrè, Milano, 1968; F. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Kohlhammer, Stuttgart, 1964, trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973; A.J. PORRAS NADALES, *Introducción a una teoría del Estado post-social*, Ppu, Barcelona, 1988. Para una perspectiva de Ciencia de la Administración, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000.

28 F. WIEAKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Athenäum Fischer, Frankfurt a.M., 1974, trad. it. *Diritto privato e società industriale*, Esi, Napoli, 1983.

29 N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1999.

30 L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 180 ss.

IV. LAS CONSTITUCIONES DEL CONSTITUCIONALISMO Y SU CIRCULACIÓN.

La colonización ha implantado sobre cuerpos normativos autóctonos, con legitimación tradicional o divina, formas de producción del Derecho derivadas de los arquetipos occidentales, los códigos (o, en el *common law*, un Derecho con base jurisprudencial). A ello se ha acompañado o le ha seguido la fase de la exportación de las constituciones.

Ya en el periodo revolucionario el reconocimiento mismo de la existencia de derechos naturales no podía más que producirse en su afirmación positiva y en la enunciación de reglas que garantizaran su ejercicio: la fuente por excelencia, la ley, venía llamada a rediseñar el Derecho civil y, a la vez, aunque con un nombre diferente –el de constitución– venía a delimitar el poder del Monarca, a reestructurar el Estado y a establecer los límites de la administración pública. El Derecho constitucional, en suma, nace como Derecho formalmente legislativo.

Posteriormente, la constitución presenta forma y contenidos distintos. Forma, porque se vuelve en rígida; contenido, porque incorpora los derechos y libertades, es decir la forma de Estado.

La rigidez del texto a través de cláusulas especiales representó la necesidad de recomponer los intereses en conflicto, no sujetos a la regla habitual de la mayoría simple del Parlamento. La flexibilidad, por el contrario, manifestaba la indiferencia de un poder, monolíticamente representado en el Parlamento, en utilizar procedimientos diferentes a los de la ley ordinaria para deliberar en las instancias políticas. Esto explica cuales son las razones por las que las constituciones rígidas se imponen: para tutelar, en los ordenamientos federales, a los Estados miembros contra las posibles interferencias del centro, como ocurrió ya en 1787 con la Constitución de los Estados Unidos³¹; y debido a la llegada al poder de nuevas clases sociales, que con la eliminación del monopolio de la representación a la burguesía pretenden ponerse a salvo contra cualquier golpe de mayorías simples en un Parlamento que ya no es formado solo por una clase social³². La constitución pactada tiene que ser rígida, porque establece las reglas del juego, y estas no pueden ser cambiadas por mayorías electorales³³.

Casi todos los Estados se han dotado de una constitución en sentido formal. Así bien, casi todos los Estados tienen constituciones rígidas. Sin embargo, la idea de constitución en sentido francés o norteamericano puede funcionar solo donde la base cultural que produjo las declaraciones de derechos es la misma. De no ser así, se crea una fractura. La gran división está encentrada entre la aceptación o el rechazo de las doctrinas del constitucionalismo, que desmiente la ecuación hecha por el art. 16 de la Declaración de 1789³⁴: la mayoría de los Estados del mundo se rigen por constituciones sin constitucionalismo³⁵. En el

13

31 Es por este motivo, pues, que el proceso implica la participación de los Estados.

32 L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2017, trad. esp. *Derecho constitucional comparado*, II, *Sistemas constitucionales*, 2 vols, Giappichelli-Astrea, Torino-Buenos Aires, 2018, tomo A, cap. II, pp. 100 ss., 107 ss.

33 Es cierto, sin embargo, que, incluso en ausencia de las condiciones mencionadas antes (necesidad de un pacto entre el centro y la periferia, o entre las clases sociales), en algunos casos, el deseo de consagrar la inmutabilidad de los principios ha llevado a los constituyentes a endurecer textos que se asumía fuesen dictados por la razón y por lo tanto lejos de cualquier posibilidad de cambio extemporáneo (constituciones revolucionarias francesas de 1791, 1793, 1795). Del mismo modo, hay que recordar que incluso una constitución reputada por muchos como flexible, es decir el Estatuto Albertino, se definía como irrevocable, así como se desprende de la fórmula de promulgación: «Por lo tanto, por Nuestra ciencia cierta, autoridad Regia, contando con el asesoramiento de Nuestro Consejo, hemos ordenado y ordenamos con fuerza de Estatuto y de Ley Fundamental, perpetua e irrevocable de la Monarquía, lo siguiente (...)».

34 Sobre las razones que empujan también los regímenes autocráticos a dotarse de una constitución v. A. RINELLA, «Le costituzioni dei regimi autoritari», en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols., Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, p. 1265 ss., y L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemas constitucionales*, cit., tomo A, cap. II, p. 167 ss.

35 También hay casos de ordenamientos que hacen referencia al constitucionalismo, sin una constitución en sentido formal (la Unión Europea, el ordenamiento internacional). El Tratado de la Unión Europea, en su art. 6, se refiere a las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» que «forman parte de la legislación de la Unión como principios generales»: cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, Bologna, 2002. En relación con Europa, en la

mundo occidental se acepta la forma y el contenido; en otras regiones culturales a veces se acepta, debido a imposición, también el contenido, sin embargo no se implementa; muchas veces se acepta la forma pero se rechaza el contenido. Sin olvidar el efecto de retorno que, por lo menos, la aceptación formal de la idea de constitución determina en el ordenamiento, no solo en cuanto a los derechos y la forma de gobierno, sino también respeto a la misma cultura jurídica, cabe destacar, por lo tanto, la brecha entre el formante normativo (forma constitucional) y el marco jurídico-cultural que lo soporta³⁶.

En su expansión, el constitucionalismo consigue adaptar su índole monoclasa y “monoterritorial” a la llegada de nuevas clases sociales a la arena política, fundando la liberal-democracia, sin embargo no consigue aceptar el pluralismo cultural y proporcionar soluciones distintas a las que se basan en la división de poderes y el respeto a los derechos humanos. No sabe cómo conciliar respeto del hombre y respeto de las culturas, e impone la prevalencia del primero.

El constitucionalismo ha sido *formalmente* adoptado en todas partes o casi, pero limitadamente a la idea de que en la cúspide de la jerarquía de las fuentes se sitúa un texto llamado “constitución”, casi siempre rígida. En estos países, la *verdadera* constitución (en sentido substancial) sigue siendo el Derecho civil, es decir el conjunto de reglas que regulan las relaciones entre particulares.

V. CAMBIAN LAS RELACIONES PROPIETARIAS: EL DERECHO SOCIALISTA.

En los países socialistas, la reacción a las reivindicaciones de las clases obrera y campesina se traduce conservando las estructuras formales de la tradición jurídica (Derecho codificado, una constitución formal, hasta una *Stufenbau*, aunque bastante dúctil y derogable), sin embargo, cambian las relaciones propietarias y con ellas el Derecho y la constitución substancial.

La referencia de mayor evidencia en este tipo de fuentes procede del sistema del *soviet law* tal y como se configuró entre 1917 y finales de los años 80 del siglo pasado³⁷. Con el advenimiento de la doctrina marxista-leninista la fuente del Derecho por excelencia se identificaba con la organización económica comunista del Estado. Realmente, en la base de la ideología comunista estaba –y todavía está en los ordenamientos que aún se inspiran en aquella ideología– la necesidad de abolir el Derecho y el Estado en cuanto meras superestructuras de la organización económica. Sin embargo, a este estadio de evolución no se llegó jamás y del mismo modo que no fueron abrogadas las codificaciones, constitucionales y legislativas, se continuó igualmente produciendo Derecho. En tal sistema la ley adquiere el papel de instrumento para la realización del proletariado, organizado en el partido único³⁸.

búsqueda de analogías y diferencias, orígenes, modelos, influencias mutuas y peculiaridades de las soluciones adoptadas, v. E. PALICI DI SUNI (ed.), *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, 4ª ed., Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2020. Del mismo modo, a los valores del constitucionalismo clásico (como los derechos humanos) hace referencia el Estatuto de las Naciones Unidas: la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948. Las referencias en el preámbulo a los “derechos humanos fundamentales” (en cuyo álveo se incluyen, no solo los derechos consagrados en la Declaración de 1789, sino también los derechos sociales y de participación), sin embargo, no encuentran sitio en la cultura jurídica de muchos Estados signatarios, lo que explica la falta de aplicación y las violaciones generalizadas y frecuentes de la Declaración en muchas partes del mundo.

36 A nivel doctrinario, los criterios comúnmente aceptados para clasificar las constituciones se basan sobre modelos hegemónicos, y sobre estos los profesores construyen tanto las clasificaciones históricas, como las sincrónicas, basadas en distintos elementos: legitimidad, flexibilidad o rigidez, incorporación o no de los derechos, etc. En particular, las clasificaciones tradicionales de las constituciones tienden a dar por sentada la fuerza expansiva del constitucionalismo (R.L. BLANCO VALDÉS, voz “Constitucionalismo”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 40), tienden a resumir en una clase principal las constituciones que lo aceptan, poniendo al margen cuántas lo rechazan, tienden también a matizar las diferencias dentro de la primera clase, así como basarse sobre una concepción estatal del Derecho.

37 Vid. A. REPOSO, “I modi contemporanei di produzione giuridica”, cap. I de L. PEGORARO, A. REPOSO, *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Monduzzi, Bologna, 1993, p. 29 ss., y espec. el cap. sobre “Il diritto russo e sovietico” de M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Bari, 2000, p. 125 ss.

38 V. R. GUASTINI, *Marxismo e teorie del diritto*, il Mulino, Bologna, 1980; ID., *El léxico jurídico del Marx liberal*, Un. Autónoma de

En el Estado socialista «Las fuentes del Derecho se encuentran jerárquicamente ordenadas y esa ordenación se da en función de la posición que tengan los órganos que producen las normas. En la cumbre del ordenamiento soviético estaban las leyes del *Soviet* Supremo, modificables por el *Presidium* [...] mediante edictos destinados a la imprescindible ratificación por parte del *Soviet* Supremo, seguidos a su vez por los actos reglamentarios del Gobierno –adoptados bajo la forma de decretos expedidos con base y en ejecución de las leyes– y después por todos los actos de los órganos subordinados a partir de los ministerios hasta aquellos de los *Soviet* locales. Según los principios del Derecho socialista, dada la posición de supremacía del acto legislativo emanado del *Soviet* Supremo, no podía haber contraste entre ley formal y ley en sentido material, y un decreto del Gobierno (órgano superior de la administración estatal) no podía modificar una ley del *Soviet* Supremo [...]. A pesar de que existía una jerarquía de las fuentes, en la práctica había una significativa indiferencia por las mismas, según una tradición que se remonta a la época zarista»³⁹.

Las formas de producción normativa, coherentemente con tal planteamiento, derivan de la organización estatal y, por lo tanto, del Partido Comunista. Negada cualquier división de poderes, la suma de estos se concentra en manos de los órganos dirigentes del partido al cual pertenece, entonces, el primado sobre las fuentes. Desde esta perspectiva, la misma constitución no representa otra cosa que un mero balance descriptivo de las relaciones económicas y sociales instauradas y/o programadas.

Las relaciones económicas disciplinadas por los códigos civiles cambian: cambian, cualquiera que sea el nivel de las fuentes: tanto la legislación ordinaria, como las constituciones; cambian, en su substancia (es decir, en muchos institutos, que por otro lado siguen retomando la herencia del Derecho romano, como en Rusia, o del *common law* o del Derecho tradicional, como en algunos países asiáticos y en esporádicas experiencias africanas), y en su colocación “constitucional” en el sistema (coherente con la ideología).

VI. DICTADURAS Y TOTALITARISMOS: LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES AGRARIOS Y BURGUESES.

Un caso en sí de continuidad en la tradición del Derecho civil, y de fractura con el constitucionalismo, lo representan las dictaduras y las experiencias totalitarias de la primera posguerra: mantienen propiedad y códigos, marcan fracturas con las constituciones (canceladas o suspendidas).

En el lenguaje común, se habla de dictadura haciendo referencia al fascismo italiano, después al nazismo alemán, al estalinismo, al franquismo, hasta los regímenes de los coroneles griegos y del general Pinochet en Chile, por no mencionar también a las “dictaduras” africanas y asiáticas. En realidad, estas experiencias no parecen poderse adscribir a la corriente con características de dictadura legítima y temporal recibida de la experiencia de la antigua Roma⁴⁰.

Puebla, Puebla, 1984; ID., *El léxico jurídico del Marx feuerbachiano (La filosofía política de la alienación)*, Un. Autónoma de Puebla, Puebla, 1986; M. COSSUTTA, *Formalismo soviético. Delle teorie giuridiche di Vyšinskij, Stuča e Pašukanis*, Esi, Napoli, 1992.

39 M. GANINO, voz “Derecho socialista”, en L. PEGORARO (ed.), *Glosario de Derecho público comparado*, cit., p. 138 s.

40 El “*dictator*” (siglos V-III a.C.) era un magistrado extraordinario nominado por un cónsul para hacer frente a la situación de emergencia como una guerra (*dictator rei publicae gerendae causa*) o un motín interno (*dictator seditionis sedandae causa*). Tratándose de situaciones excepcionales, eran conferidos al dictador poderes extraordinarios y temporalmente limitados. Se atenuaba la distinción entre *imperium domi* (el mando soberano ejercitado dentro de los muros de la ciudad) e *imperium militiae* (el mando fuera de los muros) y sobre todo caían los límites que generalmente acompañaban el poder de imperio existente en condiciones de gobierno ordinarias; se suspendían las garantías constitucionales ordinarias. El dictador ejercitaba el poder pleno y por el tiempo necesario para remediar la situación excepcional, de todas formas no más de seis meses y tampoco con posterioridad a la finalización del periodo de mandato del cónsul que lo había nominado. El *dictator* representaba una institución plenamente legítima, prevista en el ordenamiento constitucional y dotado de poderes extraordinarios justificados por el “estado de necesidad”. [El estado de necesidad representa un hecho normativo, idóneo para determinar la suspensión de una situación jurídica o para plantear una nueva situación jurídica. Sobre la necesidad como fuente de Derecho, véase S. ROMANO, “L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione” (1901), en ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950; T. PERASSI, “Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica” (1917), en ID., *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 191 ss.; N. BOBBIO, voz “Fatto normativo”, en *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 988 ss.]. La dictadura, por tanto, debe entenderse como una

Carl Schmitt, partiendo de los escritos de J. Bodin, plantea una distinción conceptual entre la perpetuidad del poder soberano y la temporalidad del poder dictatorial⁴¹. La dictadura tradicional asigna al dictador funciones de comisario: las garantías constitucionales son temporalmente suspendidas para defender la sobrevivencia de la constitución misma. La *dictadura de comisario*, pero, encuentra en la misma constitución su legitimación. Por el contrario la dictadura soberana es diversa: según Schmitt esta dictadura pretende remover y sustituir el ordenamiento constitucional vigente. Ésta no intenta poner remedio a una crisis temporal, sino se propone dar vida a un nuevo orden constitucional: «El dictador comisario está constituido, el dictador soberano es constituyente. El primero está investido por el poder propio de la autoridad constituida; el segundo es el producto de una auto-investigación»⁴². Las dictaduras tienden sin embargo frecuentemente a prolongarse más allá del período de emergencia, y a asumir un carácter relativamente estable, a menudo auto-legitimándose con la excusa de que la emergencia continúa. La distinción anclada en la legitimidad y el carácter temporal debe ser por tanto atenuada: de hecho, a) en su mayoría quien la instaura tiende a justificar la asunción del poder en base a cualquier cláusula de Derecho vigente; b) a veces, la individualización del carácter de una dictadura puede hacerse solo *ex post facto*, precisamente porque el estado de emergencia se prolonga en el tiempo, más allá de la persistencia de las condiciones de necesidad que la justifican. Así que, aunque motivado por la necesidad de salvaguardar la constitución vigente, su eficacia y el factor tiempo, transforman su naturaleza de “comisionada” a “soberana”⁴³.

En conclusión, las experiencias más recientes clasificadas como dictaduras emanan no tanto de un estado de excepción temporal, sino de una crisis de régimen que conlleva la ruptura de la constitución vigente y la instauración de un nuevo orden constitucional que encuentra en sí mismo la propia legitimación⁴⁴. Siempre, la crisis se determina para reequilibrar relaciones económicas comprometidas, y bloquear (o cambiar) la redistribución de la riqueza, a favor de la clase propietaria, como demuestra de forma clara la experiencia latinoamericana.

Como característica ulterior, respecto a las otras formas de autocracia, la forma de Estado totalitaria está caracterizada por la presencia de un Estado que invade cualquier aspecto de la vida social, de la afirmación de una ideología oficial, del papel penetrante del partido único, *trait d'union* entre el Estado y las masas, de la movilización de estas últimas a los fines de adquisición del consenso (característica opuesta a la de las dictaduras), de la función de la propaganda política, de la estructura corporativa de la vida social y económica⁴⁵. “Totalitarismo”, término acuñado por Mussolini con una connotación positiva (contrapuesto a las “demoplutocracias”) estaba preparado para señalar la unidad también espiritual entre sociedad (nación) y Estado, a través del papel unificador del partido, órgano del Estado proveniente de y que está anclado en la sociedad⁴⁶.

magistratura monárquica dotada de poderes extraordinarios, legítimos y limitados en el tiempo (N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 202).

41 Cfr. C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1921, trad. it. *La dittatura*, Settimo sigillo, Roma, 2006.

42 N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 207.

43 Cfr. el ensayo de F. RIMOLI, “Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituyente”, en *links. Zeitschrift für deutsche Literatur- und Kulturwissenschaft*, Istituti Editoriali e Poligrafici Internazionali, Pisa-Roma, http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/eccezione_trasformazione/index.htm.

44 Autocrática, en su versión dictatorial, va definida por ej. aquella que se afirmó en Chile tras el golpe de Estado de 1973, bajo la guía de Augusto Pinochet, que se caracterizó por una feroz represión de la oposición política. Ésta resume las características esenciales de las dictaduras, la variante más frecuente de la autocracia.

45 Así por ej. E. OPOCHER, *Lezioni sul totalitarismo*, Cleup, Padova, 1974; sobre todo v. H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, 3ª ed., Harcourt Brace & Co., New York, 1958; C.J. FRIEDRICH (ed.), *Totalitarianism*, Harvard U.P., Cambridge, 1954; J.L. TALMON, *The Origins of Totalitarian Democracy*, Secker & Warburg, London, 1952; G. LUCATELLO, “La fonction de la propagande politique dans l'État totalitaire et son organisation dans les États italien et allemand”, en *Rev. dr. int.*, n. 4, 1939, n. 3, 1940, nn. 1 y 2, 1941, y en ID., *Scritti giuridici. Nuova raccolta*, coordinados por A. REPOSO, N. OLIVETTI RASON, L. PEGORARO, Cedam, Padova, 1990, p. 241 ss.; L. PEGORARO, “La propaganda política. Un test para un acercamiento interdisciplinario a una búsqueda de derecho comparado”, en *Pensamiento const.*, n. 14, 2010, p. 141 ss., y en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 8, 2011, p. 1 ss.

46 Véase S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, il Mulino, Bologna, 2010, para las reflexiones sobre sus elementos constitutivos y su

Concretamente, con referencia a la experiencia histórica del siglo pasado, las manifestaciones más evidentes de esta forma de Estado han sido obtenidas con el Estado fascista en Italia y el Estado nacional-socialista en Alemania⁴⁷, y, en formas más atenuadas, con el régimen franquista en España⁴⁸; contiguo a esta clase, incluso con las debidas distinciones, pueden considerarse algunas experiencias populistas latinoamericanas, como la de Argentina en los años 40, bajo la guía de Juan Domingo Perón (peronismo o justicialismo), caracterizada por el amplio uso de la propaganda y de la unión del *leader* con las masas, pero no en una concentración del poder y en una compresión de la libertad parangonable a la de los regímenes europeos⁴⁹.

La doctrina historicista, politológica y jurídica liberal y marxista no tiene duda acerca de las finalidades de los totalitarismos: bloquear las reivindicaciones de las clases sociales que querían lograr un acceso más amplio a la riqueza y el poder político que la acompaña en el Estado liberal. Por lo cual, los totalitarismos no abandonan el modelo de Derecho civil codificado, aunque a veces acompañado por cambios en el sistema de las fuentes (por ej., las “normas corporativas” fascistas), una redistribución populista de las tierras (sobre todo perjudicando a otros países, como el Imperio italiano o la expansión al Este de los nazis – la búsqueda del *Lebensraum*), pero sin cambiar la estructura de los códigos civiles.

VII. CONSIDERACIONES INTERLOCUTORIAS.

Lo que hemos dicho con anterioridad explica que los elementos útiles para hacer un análisis son muchos: a) la dimensión geográfica, es decir, la codificación y el constitucionalismo se afirman solo donde las exigencias económicas de la burguesía son parecidas (ej: los códigos no pueden ser los mismos en Francia y en África del Norte; sí lo pueden en Bélgica, o Italia del Norte, ya menos en el Sur); b) la dimensión política y económica (solo donde y cuando la clase social prevaleciente, la burguesía, consigue tener al margen a las otras clases sociales, la codificación y el constitucionalismo tienen el alcance original); c) la dimensión sociológica (solo donde la cultura jurídica se basa en el racionalismo occidental, la herencia cristiana y su personalismo, las doctrinas consiguientes, los códigos y el constitucionalismo pueden afirmarse sin crisis de rechazo.) Los distintos fenómenos están estrictamente entrelazados.

17

VIII. LOS CÓDIGOS Y LA COLONIZACIÓN.

La colonización del mundo por parte de las potencias europeas, ya conocida en las épocas anteriores, empieza de modo sistemático en el siglo XVI, después el descubrimiento de América, y se desarrolla en varias etapas. Al comienzo de 900, estas logran controlar el 85% del planeta a través de *commonwealths* y *dominions*, protectorados, colonias, posesiones, concesiones, etc. Todas las distintas fases, desde las primordiales de los primeros asentamientos españoles, portugueses, ingleses, franceses, holandeses, hasta los fenómenos de

carácter autoritario. Además L. PALADIN, voz “Fascismo”, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 887 ss.; E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Carocci, Roma, 1995; A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario* (1965), reimpr. Einaudi, Torino, 1995; M. PALLA (ed.), *Lo Stato fascista*, La Nuova Italia, Milano, 2001.

47 F. NEUMANN, *Behemot: The Structure and Practice of National Socialism*, Gollancz, London, 1942, trad. it. *Behemot: Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Mondadori, Milano, 1977; E. COLLOTTI, *Fascismo, fascismi*, Sansoni, Firenze, 1989; J. LINZ, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lyenne Rienner, London, 2000; G. MELIS (ed.), *Lo Stato negli anni trenta: istituzioni e regimi fascisti in Europa*, il Mulino, Bologna, 2008.

48 L. PALACIO BAÑUELOS (ed.), *El primer franquismo*, n. monográfico de *La Albolafia*, 1, 2014. Asimismo, entre otros, M. ENCARNA, N. MARÍN, *La libertad encadenada: España en la Dictadura Franquista 1939-1975*, Alianza, Madrid, 2005; F. GALLEGU, *El evangelio fascista: la formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Crítica, Barcelona, 2014.

49 Sobre el peronismo, A. ITURRIETA, *El pensamiento peronista*, Cultura Hispanica, Madrid, 1990; J.P. BRENNAN, *Peronism and Argentina*, Scholarly Resources, Wilmington, 1998; S. LEVITSKY, *Transforming Labor-Based Parties in Latin America: Argentine Peronism in Comparative Perspective*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003; G.F. BENEDINI, *Il Peronismo*, Ed. Riuniti, Roma, 2007; L. ZANATTA, *Il peronismo*, Carocci, Roma, 2008.

800 y también justo más tarde (incluso con Estados Unidos, Alemania, Italia) dejan huellas indelebles en la organización jurídica de los territorios conquistados y dominados.

Para cumplir con la misión de “civilizar a los bárbaros”, las potencias coloniales establecen sobre las instituciones jurídicas preexistentes su modo de hacer Derecho y organizar la sociedad. En la primera fase, los trasplantes afectaron sobre todo a la concepción de las estructuras del poder (por lo general haciéndose referencia a virreyes, gobernadores y cargos parecidos), la administración de la justicia, la organización territorial, y los mismos modos de producción del Derecho (con bases según el caso jurisprudenciales o de “Derecho “político”). En las épocas posteriores, las ideas “constitucionales” que maduran en Europa se reflejan en las colonias.

Donde se consolida una clase dirigente local (como en los futuros Estados Unidos además de Canadá y Oceanía, y más tarde en América Latina), el constitucionalismo –en sus varias evoluciones– viene en parte metabolizado, y una vez lograda la independencia influye con muchas peculiaridades en la estructura constitucional de los nuevos Estados (que en su mayoría siguen rechazando cualquier forma de integración de los derechos autóctonos). En otras partes (Asia y África –con parcial excepción de India y Sudáfrica–, y Oriente Medio), la base jurídica exportada por el colonialismo se queda en general en un nivel superficial ni penetra las raíces profundas del Derecho y del pensamiento autóctono. Así, la descolonización de la segunda posguerra deja como herencia estructuras formales como la constitución escrita, rígida, la división de poderes, los derechos humanos, el sistema judicial, formas de descentralización, pero no la identificación entre estas y la forma de sentir el Derecho “constitucional” del Occidente colonizador. (Ya nos hemos detenidos sobre la circulación de los códigos fuera de occidente.)

Las etapas en la evolución de las formas de Estado corresponden entonces solo a una parte minoritaria –aunque hegemónica– del mundo. Al lado de los desfases temporales, otros factores marcan de forma indeleble el alejamiento. Sin embargo, la fuerza de influencia de los modelos hegemónicos en muchas ocasiones permanece también después de los procesos de descolonización. La evolución permite a veces recuperar las antiguas concepciones y proponer soluciones sincretistas, pero ello ocurre casi solo en el siglo XXI. A estas se opone empero la globalización, nueva forma *soft* del colonialismo.

IX. GLOBALIZACIÓN.

El Estado democrático pluralista y social, que ha conocido una difusión geográfica históricamente sin precedentes, ha mostrado ante las dificultades algunas señales de crisis⁵⁰. La globalización ha asignado una dimensión nueva a los mercados de bienes y servicios, a los mercados financieros, a los sistemas de comunicación multimedia y vía internet; dimensión que no pudo ser contenida en el espacio de gobierno del Estado nacional⁵¹.

La globalización no es solo un fenómeno económico: incluye e implica múltiples perfiles jurídicos: «el crecimiento constante del listado universal de los derechos mediante interacciones recíprocas de las sucesivas declaraciones de derechos (...); la revisión de la idea de *soberanía nacional* (...); una suerte de nuevo *Derecho de gentes* (*law of nations, jus gentium*) (...); una estrategia de *prevención de las violaciones* de derechos mediante diversas organizaciones supranacionales (...); se reclama incluso por algunos autores una “*dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional*” (...)»⁵². A ella se asocia una globalización cultural; sin embargo, los diferentes formantes no viajan normalmente a la misma velocidad. Sobre todo, la economía es rápida; el Derecho, lento; la cultura, lentísima; y cuando, para seguir a la economía, el Derecho humilla a

50 Una síntesis sólida y eficaz en A.J. PORRAS NADALES, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Trotta, Madrid, 2014.

51 M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI (& TRILATERAL COMMISSION), *The Crisis of Democracy*, New York U.P., New York, 1975; Y. MENY, Y. SUREL, *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, Houndmills-Basingstoke, 2001; V.C. CROUCH, *Post-Democracy*, Polity Press, Cambridge, 2004.

52 J. GARCÍA ROCA, “La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y bases para una globalización de los derechos”, en *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 5, 2006, p. 168 ss.

las culturas ajenas, las recepciones son bastante difíciles⁵³.

El Estado democrático no tiene hoy la capacidad de previsión y de control de los fenómenos que se mueven a escala mundial; los factores económicos internacionales son siempre más penetrantes respecto a la vida política y económica del Estado, al punto que la relación política-económica tiende a volcarse: la economía se sustrae de las elecciones políticas nacionales, es más la primera influencia en las últimas. El mercado global asume el rol de valor dominante; tendiendo a sustraerse de las reglas de los Estados, se confía en su capacidad natural de autorregularse. La competición económica en el mercado global empuja a los actores a buscar fórmulas para bajar los costos de producción ya sea a través de la disminución de los derechos económico-sociales o recurriendo a la deslocalización de la actividad productiva a favor de lugares fiscalmente y socialmente menos exigentes.

La búsqueda de fórmulas que aseguran un gobierno democrático mundial o una pluralidad de gobiernos democráticos supranacionales en grado de ejercer una función reguladora y de control del mercado global no parece haber dado hasta ahora éxitos relevantes. Principalmente, las instituciones globales existentes tienen una naturaleza económico-financiera y actúan bajo el control de los Estados más ricos (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial del Comercio). En definitiva, no se puede negar que el fenómeno de la globalización ha incidido e incide profundamente por un lado, sobre la primacía de la política, que requiere órganos democráticamente electos titulares *pleno jure* de las funciones de gobierno; por el otro, sobre la concepción de la economía de mercado como factor funcional respecto al bien común.

Eso con evidencia incide sobre la (de)codificación y la codificación constitucional del Derecho civil.

Un ejemplo lo señala M. Nicolini acerca el Derecho agrario⁵⁴, subrayando –en relación con la Constitución italiana– que «Si es verdad que la agricultura es considerada por la Constitución como factor económico-productivo, elemento calificante de propiedad, tierra y organización de los medios de producción⁵⁵, también es cierto que, conforme al art. 44 Const., esta contribuye a la construcción de un entramado social equilibrado (mediante ayudas para pequeños y medianos propietarios y/o el acceso a la propiedad de tierras por parte de los pequeños agricultores)⁵⁶. Se podría decir: la Constitución individualiza en la agricultura un instrumento de “emancipación social” coherente con las tareas asignadas a la República por los arts. 2, 3, apartado 2, 4 y 9 Const.». Sobre los usos cívicos, las propiedades y los dominios colectivos, «en la sent. n. 113/2018, la Corte constitucional reelabora su régimen jurídico y, mediante una interpretación constitucionalmente orientada, los transforma en “mecanismo de garantía integrado y recíproco” de utilización no-intensiva del patrimonio cívico⁵⁷. El régimen jurídico de los bienes colectivos se convierte en una herramienta de realización de un interés –la protección del medio ambiente– que va más allá de la

19

53 Sobre la globalización, entre muchos: P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish, London, 1995; I. EDGE (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, Transnational, Ardsley, 2000; W. TWINING, *Globalisation & Legal Theory*, Cambridge U.P., Cambridge, 2000; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; ID., *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009; F. DE SOUZA DE BRITO, *Motivações e tendências pós-modernas do Direito Comparado e as filosofias da globalização*, U.I. Ed. Internacional, Lisboa, 2004; B. DE SOUSA SANTOS, C.A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (eds), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005; P. HAYDEN, *Cosmopolitan Global Law*, Ashgate, Aldershot, 2005; el n. 6, 2016 de *Albolafia*, “La globalización: un análisis global”, coordinado por A. DE PRADA GARCÍA. Acerca de la política “globalizadora” de la Unión Europea y la creación del mercado como finalidad y valor v. ahora A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

54 M. NICOLINI, “Agricultura, nuovi interessi ed equi rapporti sociali”, en M. NICOLINI, W. WALLNÖFER (eds), *Agricoltura e ‘nuovi interessi’. Alla ricerca di uno statuto pubblicistico per l’attività, l’impresa e l’agrarietà dei suoli*, Esi, Napoli, 2019.

55 Cfr. P. PASSAGLIA, “L’importanza della materia ‘agricoltura’ nel tessuto costituzionale: una ‘retrospettiva prospettica’, en *Riv. dir. agr.*, n. 1, 2017, p. 5: no se comprende bien si, en el art. 44 Const., «la agricultura se considere más desde la perspectiva de la actividad económica o desde la perspectiva de la propiedad (*scil.* de la tierra)».

56 S. RODOTÀ, “Art. 44”, en G. BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione*, Tomo II, *Rapporti economici. Art. 41–44*, Zanichelli, Bologna-Roma 1982, p. 219. Cfr. asimismo E. SIRSI, “Art. 846-856”, en M. D’ADDEZIO, E. SIRSI, E. CRISTIANI (eds), *Riordinamento della proprietà rurale, bonifica integrale, vincoli idrogeologici. Artt. 846–868*, y, en *Il codice civile*. Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano 2013, p. 52 ss.

57 Corte const., sent. n. 113/2018, fundamento jurídico n. 6.1.

comunidad de los co-propietarios, impidiendo la adopción de soluciones capaces de sustraer el patrimonio colectivo a esta nueva –mas “natural”, según la Corte– vocación ambiental». Sin embargo, «El silencio de la decisión sobre la vocación agrícola de los usos cívicos parece [...] determinada [...] por una concepción productivista y –¿por qué no?– “agresiva” de la agricultura» y por la “erosión” de la misma por competencias estatales en materia ambiental⁵⁸».

X. EL *SOFT LAW*: ¿UN NO-DERECHO QUE DE-CODIFICA EL DERECHO CIVIL?

También el llamado *soft law* es un síntoma del cambio: en el siglo XIX el Derecho civil tenía expresión en una fuente nueva, los códigos, cuya crisis fue debida sobre todo –lo hemos dicho– a la legislación social y el ingreso de los derechos de crédito en el circuito de los derechos burgueses.

Ataques incisivos a la ley, tal como se concibe en el Estado liberal, y al principio de seguridad jurídica son impulsados hoy por el *soft law*⁵⁹. La expresión nace a principios de los años 70 entre los estudiosos anglosajones del Derecho internacional para señalar algunos tipos de actos normativos caracterizados por la ausencia de eficacia inmediatamente vinculante. Posteriormente la expresión se ha utilizado y todavía ahora se utiliza también en el seno de ordenamientos jurídicos no estatales (como la Unión Europea) para señalar a un «conjunto no homogéneo de actos y hechos normativos que bajo cualquier perfil no podían ser reconducidos a las tipologías normales de las fuentes del Derecho de corte autoritativo, dado el tenue efecto jurídico o el carácter participativo del *iter* de adopción»⁶⁰. De manera más precisa, la carencia de eficacia inmediatamente vinculante debe ser entendida en un sentido amplio y no técnico: los actos jurídicos de *soft law* producen ciertos tipos de efectos; se trata de normas legales incompletas (según lo propuesto por la prevaleciente doctrina)⁶¹, en el sentido de que no están auxiliadas por instrumentos de coacción o de sanción que derivan de forma directa de su inobservancia. Falta, en otras palabras, la estructura típica de la norma jurídica: la orden autoritativa acompañada por las sanciones impuestas por las autoridades públicas. «Más allá de las diversas soluciones posibles, en la perspectiva de la comparación y el pluralismo legal, de todas maneras sería imposible negarle la calidad de formante»⁶².

La nueva *lex mercatoria*, es decir «un Derecho creado por la clase empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados ...»⁶³, «es un “Derecho” autónomo, producido por los mismos operadores legales que operan a nivel transnacional, con el apoyo de las organizaciones internacionales de comercio y de las finanzas mundiales. El “peso” económico de esos actores es tal que hay una tendencia a transformar, de hecho o de Derecho, esas reglas en un *hard law*, ya que “tiene una fuerza conformativa tal que en última instancia es muy difícil, para los diversos contratistas, evitar recurrir a ello”⁶⁴. Hay una suerte de retracción del Estado en la disciplina de aquellas materias, lo que puede implicar el debilitamiento de de la protección de contratistas débiles, ya sean operadores económicos más pequeños, trabajadores o consumidores»⁶⁵.

Los instrumentos de *soft law* que se encuentran en el Derecho internacional son reconducibles a

58 Cfr. P. PASSAGLIA, “L’importanza della materia ‘agricoltura’”, cit., p. 13.

59 En ello, y en la globalización, ve algunas ventajas S. GALERA RODRIGO, “The Benefits of Legal Globalization: Soft law: A Case Study of Heritage Law”, en S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, p. 965 ss. Varios perfiles del *soft law* son analizados por A. SOMMA (ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

60 E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, p. 2.

61 M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 159 ss.

62 S. BAGNI, “Comparative law and ... love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista”, en *An. dir. comp. st. leg. 2017*, p. 53. *Ibid.*, p. 241 ss., v. también las reflexiones de D. DI MICCO, “La globalizzazione abusata. Quando un concetto impreciso s’impone nel discorso giuridico e nello strumentario del comparatista”.

63 F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 5ª ed., Bologna, 2010, p. 248.

64 E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 111.

65 S. BAGNI, “Comparative law and ... love”, cit., p. 53, y M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 556.

los llamados acuerdos no vinculantes (*non-binding agreements*), y en la vasta y heterogénea producción de actos de parte de las organizaciones internacionales, entre las cuales en particular las resoluciones y las recomendaciones.

El propio Derecho transnacional constituye el terreno de desarrollo de formas de *soft law*. En particular, es relevante para las actividades de las entidades privadas (en general, organizaciones internacionales expresión de determinados agentes económicos, o agentes económicos de dimensión multinacional) con plena autonomía; esta actividad se concreta en actos de autorregulación cuya eficacia, sin embargo, se limita a los sujetos que la han voluntariamente aceptado. Sin embargo, estos actos tienen el potencial de afectar al alcance de otros sujetos que operan en el mismo sector económico, independientemente de su voluntad⁶⁶.

En conclusión, como destaca M. Nicolini⁶⁷, «international groups aim to control how wealth is distributed in society; secondly, the divide between the Global South and the Global North rises at a steady rate. Thirdly, the rule of law, which should spread good governance and development, conceals a policy of domination. Finally, global financial actors code their own interests through the law by seeking a connection with the public sphere in the field of public finance». Añade además «that private interests have infiltrated the public sphere and contributed, globally and domestically, to the rise of ‘mortgaged democracies’». Y sobre todo explica «how this has triggered a change in how societies perceive the political bond, which is now rooted in several acts of conveyance».

XI. LA DECONSTRUCCIÓN DE LAS FUENTES Y LA INVENCION DE LAS HÍPER-FUENTES

La reconstrucción de las relaciones entre particulares (en la cual reside el Derecho civil) está estrictamente entrelazada con la reconstrucción de las relaciones entre ellos y los Estados (u otros ordenamientos, como el internacional). El cambio de los actores protagonistas de los derechos propietarios exige un cambio de rumbo.

La coherencia de la doctrina con los formantes “no jurídicos” de la globalización (así como su papel conservador y justificador)⁶⁸ pasa por la construcción de una “híper-constitución” metafísica transnacional, basada en los derechos humanos (o fundamentales, o constitucionales) de *imprinting* occidental⁶⁹ y en la

21

66 Por ejemplo, las normas auto-reglamentarias de algunos operadores económicos relevantes o sus organizaciones, que tienen efectos para los clientes o los proveedores de bienes y servicios: F. CAFAGGI, “Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione”, en *Pol. dir.*, n. 4, 2001, p. 543 ss.

67 M. NICOLINI, “Inequality of Goods and Lands in Mortgaged Democracies: Paradigms and Effects of Global Comparative Law”, en *Liverpool L.R.*, n. 41, 2020, p. 27 ss. (<https://doi.org/10.1007/s10991-019-09233-z>).

68 A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, p. 412, nos recuerda que «el poder cuya protección requiere el sacrificio de la visión de parte, es aquel ligado a la profesionalidad que no raramente termina por expresarse en las formas que Alexis de Tocqueville pudo denunciar con palabras duras pero actuales: “si se estudiara atentamente lo que ha sucedido en el mundo desde que los hombres conservan el recuerdo de los acontecimientos, se descubriría sin dificultad que, en todos los países civilizados, al lado de un déspota que manda, casi siempre se encuentra un jurista que legaliza y da sistema a las voluntades arbitrarias e incoherentes del primero”».

69 Sobre la vagüedad de la categoría, su connotación ideológica y la confusión terminológica reenvío a L. PEGORARO, J. DELGADO GAITAN, “Derechos ‘fundamentales’: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo”, en *Rev. Der. del Estado*, 2001, n. 10, p. 41ss., en *Rev. jur. del Perú*, 2001, n. 26, p. 1 ss. y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006, p. 289 ss.; trad. port. “Os direitos ‘fundamentais’: considerações sobre a elaboração do conceito e sua implicação positiva no contexto do constitucionalismo contemporâneo”, en A. DE ALMEIDA FILHO (ed.), *Estado de direito e direitos fundamentais. Homenagem ao Jurista Mario Moacyr Porto*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 443 ss.; L. PEGORARO, “Metodología y modelos por una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)”, en AA.VV., *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, 2008, p. 3 ss., trad. it. “Metodologia e modelli per una ricerca sui diritti fondamentali (con particolare riferimento alle transizioni costituzionali)”, en *Studi in onore di L. Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, III, p. 1123 ss.

división de los poderes como única estructura admisible del *frame of government*⁷⁰. Las tomas de distancia –que a menudo hay– de los perfiles más llamativamente lejanos de la legitimación popular no oculta la sustancial obra de soporte al diseño imperial de un Derecho único (*la raison du plus fort*), a través del apoyo de la híper-constitución a las pretensiones hegemónicas de la economía y (con mucho más esfuerzo) de la política.

Mientras las constituciones las escriben sus constituyentes, las reformas constitucionales los órganos habilitados por la constitución, y las leyes los legisladores, la híper-constitución la escriben, avalados por la doctrina que llaman como apoyo, los jueces constitucionales y transnacionales, a los cuales la doctrina confía con entusiasmo esta tarea⁷¹. La conjunción entre (parte de la) doctrina y jurisdicciones constitucionales (y transnacionales), genera una nueva fuente de legitimación de los sistemas jurídicos del mundo, que condiciona toda la producción jurídica y que traduce el activismo judicial de “dictadura comisaria”, autorizada democráticamente, a “dictadura soberana”, autorizada solo por sí misma y por otro “poder” no democrático, la doctrina⁷². Ello no sólo en áreas jurídico-culturales donde no hay fractura entre formante cultural y formantes jurídicos, sino también –con reclamos hegemónicos, y a veces, mera aceptación– también donde el desprendimiento sea profundo y arraigado en los siglos.

Los valores meta-democráticos se buscan hoy no en una síntesis de valores compartidos por las diversas culturas que los forjan (“deber”, “moral”, “armonía”, “religión”, “naturaleza”, “familia”, “tribu”, “perdón”, “ocio”, “tradicición”, “corrección”, “comunidad”, “deferencia”, “felicidad”⁷³), más nuestros derechos fundamentales/humanos y la dignidad, sino sólo en los derechos fundamentales/humanos y la dignidad, con desprecio arrogante de incorporar otros en el denominador común⁷⁴.

En discusión no está sólo la idea dogmática de los derechos fundamentales, es decir el derecho de cada comunidad de elegir, entre los derechos, aquellos que consideren predominantes (o “fundamentales”), sino la idea teórica de que éstos pre-existen y son iguales para todos, independientemente de las decisiones tomadas en cada caso por ellas.

En el plano epistemológico, presuponer derechos fundamentales universales, no anclados a las elecciones axiológicas de cada sociedad, implica: desconocer el conocimiento empírico y dar connotaciones religiosas a preferencias condicionadas ineludiblemente por la cultura de pertenencia⁷⁵; negar la enseñanza

70 Sobre la elaboración de la híper-constitución v. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Costituzioni e fonti del diritto*, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2018, p. 128 ss., trad. esp. *Constituciones y fuentes del derecho*, en ID. (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo III, *Constituciones y fuentes del derecho*, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2019, p. 189 ss.; L. PEGORARO, “Blows against the empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso”, en *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2020, p. 447 ss., trad. esp. “Blows against the empire. Contra la híper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido”, en *Teoría y realidad const.*, n. 47, 2021, y en *Rev. cubana de der.*, Nueva Epoca, n. 1, 2021.

71 Observa S. RAGONE, “The ‘Basic Structure’ of the Constitution as an Enforceable Yardstick in Comparative Constitutional Adjudication”, en *Rev. est. const., hermenéutica e teoria do dir. (RECHTD)*, n. 11 (3) 2019, p. 327 ss., que el núcleo duro es, sin embargo, determinado por el formante jurisprudencial, independientemente de las cláusulas concretas insertas en la constitución.

72 Obviamente se hace referencia aquí a C. SCHMITT, *Die Diktatur*, cit.

73 Para un análisis del impacto de los estudios sobre la felicidad en las elecciones de política del Derecho cfr. P.H. HUANG, “Happiness Studies and Legal Policy”, en *Annual rev. of law and soc. sc.*, n. 6, 2010, p. 405 ss., y M. GRAZIADEI, B. PASA, “Happiness Once More”, en *Journ. comp. law*, n. 14 (2), 2019, p. 203 ss.

74 La síntesis propuesta por la alianza doctrina-jurisprudencia es la “cédula” de Carlos V evocada por S. LANNI, voz “Sistema giuridico latinoamericano”, en *Dig. priv., Sez. civ., Agg.*, Utet, Torino, 2016, p. 720: una doctrina que de desde 1530 no ha avanzado un paso, con la cual se establecía que «los gobernadores, y justicias reconozcan con particular atención la orden, y forma de vivir de los indios, policía, y disposición en los mantenimientos, y avisen a los Vicerreyes, o Audiencias, y guarden a sus buenos usos, y costumbres en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión». De la misma a. véase también *Il diritto nell'America Latina*, cit.

75 Critica este tipo de enfoque S. BAGNI, “Dal Welfare State al Caring State?”, en ID. (ed.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013, p. 25, quien observa que «El problema no es de contenido, sino de método, en cuanto se impone interpretar una cultura y una tradición jurídica a través de parámetros propios de otra, a menudo completamente incompatibles entre sí».

de la historia y de otras ciencias, como la sociología, la antropología, la geografía, la ciencia política⁷⁶; además, poner la ciencia a disposición de usos partidistas, para avalar decisiones políticas que utilizan la defensa de los derechos (y de la democracia) para ocultar otros fines (salvo en ocasiones lamentar la distorsión de las ideas originales). Sin embargo, el universalismo todavía no ha conseguido uniformizar las tradiciones jurídicas del mundo⁷⁷, que reaccionan y desarrollan sus propios sistemas, incluso disociando la *law in action* del *trend* uniformizador de la globalización⁷⁸. Este es un Derecho *sumergido e invisible*, que decide el destino del «tercer y más amplio círculo concéntrico [...] compuesto por todos aquellos que ya están excluidos del sistema global»⁷⁹.

De la perspectiva substancial, conlleva: enfatizar los derechos individuales, pero al mismo tiempo justificar (o al menos aceptar) limitaciones a los derechos, a nivel constitucional, legislativo, jurisprudencial, en nombre de la defensa de la democracia; en particular, preparar el terreno para favorecer la democracia protegida de manera funcional a la realización del proyecto del *free trade market of ideas*; patrocinar o avalar la sustitución de la mediación partidaria, sindical, asociativa, con otras formas de representación, ancladas a la atomización de los sujetos (uno vale uno).

A nivel procesal, una vez negado o circunscrito el papel de la política para la composición de los intereses y en el balance de los valores, la formulación, la defensa y la expansión del núcleo se vale por lo menos de tres modalidades principales: la sustracción del mismo a cualquier posibilidad de modificación, cualesquiera que sean las opciones de la sociedad y los valores que elija; el desarraigo de los mismos, desvinculados de procesos legitimadores, mediante la superioridad conferida al Derecho de los tratados, considerado superior a las constituciones mismas; la confianza en el conocimiento de los jueces-demiurgos nacionales e internacionales de las decisiones sobre conflictos de prevalencia (en la práctica, qué es justo y qué no lo es).

El neo-liberalismo económico, junto al neo-constitucionalismo, está reestructurando las bases del Derecho civil, proponiendo otra vez, como en los orígenes, una visión universal de los intereses propietarios, sin tener en cuenta pluralismo y bases profundas –constitucionales en sentido substancial– del Derecho civil, de las relaciones que informan las distintas comunidades, de las estructuras familiares, de la propiedad colectiva, de las costumbres, de los valores básicos que rigen los pueblos, distintos de los occidentales... Hoy en día, la base dogmática no son los códigos (y las primeras constituciones flexibles) sino un Derecho (dúctil) basado en la fuerza, como el anterior, pero no en la forma. Cambia la estructura (los actores del mundo económico y financiero), pero no cambia la función del Derecho de los particulares, el Derecho civil: garantizar sus relaciones libres, desvinculadas del estatismo y soportadas por teorías libertarias (los derechos humanos) que ocultan su función reguladora de intereses económicos, los intereses que Burlamaqui denominaba “de dominio”.

76 Cfr. para la bibliografía mis escritos “Diritto, diritto comparato, altre scienze nello studio del nuovo costituzionalismo andino e del *buen vivir*”, en S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, p. 389 ss.; “Comparación jurídica y uso ‘externo’ de las otras ciencias”, en *Rev. jur. Avances*, n. 7, 2012, p. 295 ss., y en L. MOCCIA et al. (eds), *Estudios de Derecho Civil. Derecho comparado, Derecho Híbrido, Derechos Humanos, Ciencia Política*, Upica, Lima-Bogotá-Panamá, 2014, p. 437 ss.

77 Remito a mis escritos anteriores, espec. a “Constitucionalización del derecho y cultura constitucional”, en E. BLUME FORTINI (ed.), *XII Congreso nacional de Derecho constitucional. En homenaje a Sigifredo Orbegoso Vanegas y Victor Julio Ortecho Villenas. Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993*, 2 vols, Upao, Trujillo, 2018, II, p. 1321 ss., en *Rev. dominicana de der. const.*, n. 1, 2018, p. 17 ss., y en *Rev. der. pol.*, n. 104, 2019, p. 13 ss.

78 Cfr. M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014, p. 233 ss. La conservación del pluralismo de las tradiciones jurídicas es defendida por W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2ª ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2006.

79 S. ORTINO, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Cacucci, Bari, 2010, p. 406, se refiere a A. HOOGVELT, *Globalization and the Postcolonial World: The New Political Economy of Development*, Johns Hopkins U.P., Baltimore, 1997: la humanidad se divide en tres círculos concéntricos. Al tercero, más externo, se añaden uno interno (las *élites* que se benefician de la globalización) y uno intermedio (los trabajadores precarios).

XII. PERSPECTIVAS CONTRAHEGEMÓNICAS DEL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO

Contra la función uniformizadora de la globalización, América Latina, África Austral y algunos países de Asia parecen haber emprendido un camino de parcial resistencia a los fenómenos de la globalización. Considerada por siglos como un emblema de homogeneización económica y cultural por parte de Europa y los Estados Unidos, América Latina en particular experimenta desde hace tiempo soluciones originales, por un lado, redescubriendo y tutelando las antiguas raíces, y por otro, proponiendo estructuras jurídicas no siempre coherentes con los patrones liberal-democráticos, alimentados por doctrinas conformistas y poco atentas a la diversidad⁸⁰.

En Ecuador, Bolivia, África del Sur, Madagascar, Nicaragua, Bután, y pocos otros, se trató, en años recientes, de reconocer –a nivel jurisprudencial, luego legislativo y constitucional– no solo los derechos individuales y comunitarios de los pueblos indígenas, sino de incorporar sus valores (su *Grundnorm*, podríamos decir) en el parámetro constitucional. Involucrando las tradiciones indígenas en los textos constitucionales, se ha constitucionalizado sobre todo su Derecho civil, sus concepciones de la propiedad y de la familia, y las relaciones con la tierra y la naturaleza.

Estos valores –escribe S. Bagni– se han introducido «a través de las cláusulas constitucionales (Ecuador y Bután) o criterios de interpretación de la Constitución (Sudáfrica) que reenvían a visiones del mundo de la tradición cultural indígena, con el fin de facilitar, por todos los sectores de la sociedad, la identificación personal en el contexto constitucional. De esta manera, la propia Constitución se propone como una ruptura con el pasado y la piedra angular para la construcción de un futuro realmente compartido»⁸¹. Incluso la reciente Constitución de Madagascar de 2010, aprobada tras una compleja transición democrática, constitucionaliza las tradiciones de ese pueblo. El preámbulo hace referencia, por ejemplo, a la creencia en Dios, Supremo Creador (*Andriamanitra Andriananahary*), la protección de la biodiversidad, las estructuras de gobierno tradicionales locales, la promoción de una sociedad que pueda vivir en armonía y en el respeto del otro.

«La tradición es una obra de la representación de la realidad basada en un conjunto de datos previamente aprendido»⁸² y el Derecho tradicional/consuetudinario es la base de un «esquema teórico [que] permite evaluar las reformas partiendo de los conceptos de tradición y pluralismo jurídico. El Derecho cosmopolita subalterno u de los oprimidos es un proyecto cultural, político y social que incluye un elemento

80 Las culturas orientales – nos recuerda B. MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Ibañez, Bogotá, 2016, p. 39– «no comparten la creencia en la naturaleza aislada, atomista y competitiva del ser humano, ni en la naturaleza utilitarista del homo economicus, ni en el modelo social de centrifugación y gravitación, ni en la naturaleza absolutamente racional del hombre, ni en la naturaleza laica del mismo, ni en la naturaleza idéntica de los géneros, ni en las libertades sin virtudes, ni en el enfoque materialista y hedonista de la vida». América Latina, distintamente de Asia y África, no rechaza todos los valores (o si quieren disvalores) de la cultura occidental; mejor, solo la percepción indígena puede ser paragonada a las culturas africanas o asiáticas, pero por lo demás el “sistema” se propone como gran elemento de reequilibrio entre culturas tan distintas: el nuevo constitucionalismo latinoamericano aparece entonces eso también como un mestizaje cultural, que traduce a nivel jurídico el mestizaje “físico” que caracteriza buena parte del continente.

81 S. BAGNI, “Dal Welfare State al Caring State?”, cit.; ID., “Il *sumak kawsay*: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador”, en S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014, cit., p. 62 ss. Para algunas aplicaciones particulares de la filosofía del buen vivir véase entre tantos: D. BONILLA MALDONADO (ed.), *Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa*, Un. de los Andes, Bogotá, 2010; sobre presupuestos y la finalidad, *vid.* V.M. ÁVILA PACHECO, W.L. PEÑA MELÉNDEZ (eds), *Descolonización del Estado en América Latina*, Un. Libre, Bogotá, 2011; R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; R. GARGARELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, 2009. Sobre la Constitución ecuatoriana en el contexto andino véase R. ÁVILA SANTAMARÍA, J.C. TRUJILLO VÁSQUEZ, *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y del derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

82 H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5ª ed., Oxford U.P., Oxford, 2014, trad. it. de la 2ª ed. *Tradizioni giuridiche nel mondo*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 5 ss.

jurídico». Por lo tanto, se basa en la categoría de «tradiciones jurídicas no hegemónicas para evaluar si es posible su uso en las luchas contra el neoliberalismo»⁸³.

Para “constitucionalizar” un Derecho civil pluralista y no hegemónico nada impide aprender de América Latina, África y Asia las soluciones propuestas en busca de un distinto equilibrio entre valores desequilibrados en Occidente, privilegiando el individualismo, en detrimento del comunitarismo y ecologismo; y privilegiando la libertad de los particulares, en detrimento de la igualdad y la fraternidad⁸⁴, aunque los tres sean considerados paritariamente en el tríptico revolucionario⁸⁵.

83 B. DE SOUSA SANTOS, *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, Siglo XXI, México, 2009; además M. CARDUCCI, “Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo”, en *Bol. mex. der. comp.*, n. 128, 2010, p. 595 ss.; ID., “Epistemología del Sud e costituzionalismo dell’alterità”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2012, p. 319 ss.; S. BALDIN, “The Concept of Harmony in the Andean Transformative Constitutionalism: A Subversive Narrative and its Interpretations”, en ID. (ed.), “Narraciones contrahegemónicas y derecho”, secc. monográfica de la *Rev. gen. der. públ. comp.* n. 17, 2015, p. 1 ss.; R. TONIATTI, “Il paradigma costituzionale dell’inclusione della diversità culturale in Europa e in America Latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., III, p. 1445 ss.; ID., “La razionalizzazione del ‘pluralismo giuridico debole’: le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell’esperienza africana”, en AA.VV., *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio*, Maggioli, Rimini, 2016, p. 449 ss.; A. COLOMER VIADEL, “Una teoría constitucional de la supervivencia para América Latina”, en *Rev. per. der. públ.*, n. 31, 2015, p. 175 ss.

84 Véase S. BAGNI, “All you need [to compare] is love”, en ID. (ed.) *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Filodiritto, Bologna, 2016, p. 10 ss.; ID., “Ensayo introductorio metodológico: La fraternidad como principio epistemológico del derecho constitucional interno y comparado”, en *Rev. gen. der. comp.*, n. 20, 2017; ID., “Comparative law and ... love”, cit.

85 Véase el número especial de la *Rev. gen. der. comp.*, n. 20, 2017, dedicado a “Liberté, égalité, fraternité”, cit., y, acerca de la comparabilidad de Latinoamérica con Europa a este respecto, R. TONIATTI, “Il paradigma costituzionale dell’inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli”, en S. BAGNI, G.A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (eds), *La ciencia del Derecho constitucional comparado*, cit., III, p. 1445 ss. y espec. p. 1477.

EL CONTENIDO ESENCIAL DEL IUS IN OFFICIUM Y SU LIMITACIÓN POR LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA. COMENTARIO A LA STC 168/2021*

Nicolás Pérez Sola
Universidad de Jaén
nperez@ujaen.es

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO NORMATIVO. III. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL IUS IN OFFICIUM Y SU LIMITACIÓN POR LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA.

27

* Seminario Internacional “Escenarios y respuestas a la pandemia en el Mediterráneo”, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado Baeza 10 y 11 de octubre 2022. Mesa “Gobernanza multinivel y cooperación política internacional durante y tras la pandemia”.

RESUMEN

La controversia que se suscita en este recurso de amparo no es otra que la impugnación del acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de suspensión de la tramitación de las iniciativas parlamentarias como consecuencia de la declaración del estado de alarma y en qué medida con esta suspensión se impidió el ejercicio de la función representativa por los Diputados y de control sobre el Gobierno, que también afectaba a los plazos administrativos, de prescripción y de caducidad de los procedimientos administrativos del Congreso. El Tribunal Constitucional resolvió la vulneración del derecho fundamental a la participación política y la nulidad del acuerdo adoptado por la Mesa del Congreso de los Diputados.

Palabras clave:

Representación política, estado de alarma, control parlamentario.

ABSTRACT

THE ESSENTIAL CONTENT OF THE IUS IN OFFICIUM AND ITS LIMITATION BY THE DECLARATION OF THE STATE OF ALARM. COMMENT TO STC 168/2021.

The controversy that arises in this amparo appeal is none other than the challenge to the agreement of the Board of the Congress of Deputies to suspend the processing of parliamentary initiatives as a consequence of the declaration of the state of alarm and to what extent with this suspension prevented the exercise of the representative function by the Deputies and control over the Government, which also affected the administrative, prescription and expiration periods of the administrative procedures of Congress. The Constitutional Court resolved the violation of the fundamental right to political participation and the nullity of the agreement adopted by the Board of the Congress of Deputies.

Key Words:

Political representation, state of alarm, parliamentary control.

I. INTRODUCCIÓN.

El análisis de las respuestas adoptadas por el Gobierno de la nación con las dos declaraciones del estado de alarma en el año 2020, para hacer frente a la pandemia y la consiguiente crisis sanitaria causada por esta, admite diversas perspectivas que van desde el estricto examen de la regulación normativa llevada a cabo, hasta la posición del Tribunal Constitucional en su enjuiciamiento de compatibilidad con nuestra Norma Constitucional. Además, el amplio debate habido en la doctrina e incluso, en el propio Tribunal y sus pronunciamientos por ajustada mayoría respecto a la inconstitucionalidad de aquella, también resulta de interés. No cabe duda que desde el estricto punto de vista jurídico, las experiencias habidas en las respuestas al Covid-19 han dejado una huella que trasciende de los efectos inmediatos de las declaraciones de estado de alarma y del enjuiciamiento de su constitucionalidad. La primera de ellas, sin duda, sobre la insuficiencia de nuestro ordenamiento vigente para hacer frente a crisis de enorme envergadura. Igualmente nos alerta sobre los graves problemas de interpretación constitucional que se plantean a partir de las sentencias que aquí se analizaran, pues va más allá de la mera respuesta dada por el Tribunal Constitucional para cuestionar la idoneidad de la normativa allí adoptada.

Precisamente la tardía respuesta del propio Tribunal que se ha pronunciado más de un año después del fin de la vigencia de cada uno de los dos estados de alarma declarados en 2020 no debe ser olvidada, así como la afectación que ambas declaraciones han tenido para la división de poderes y las relaciones entre ejecutivo y legislativo. Pero sin duda la afectación a los derechos fundamentales ha sido de enorme intensidad, especialmente por el “confinamiento” de la población producido como consecuencia de la suspensión o limitación de la libertad de deambular.

II. MARCO NORMATIVO.

El punto de partida que se debe adoptar en este análisis es el reconocimiento constitucional de la posibilidad de llevar a cabo, cuando concurren circunstancias de cierta gravedad y previamente contempladas por el constituyente, la limitación y, en su caso, la suspensión de algunos de los derechos fundamentales proclamados en nuestra Norma Fundamental. Por tanto, estamos ante un texto constitucional en el que se ha incorporado una previsión relativa al denominado derecho de excepción. Evidentemente la oportunidad de su adopción estaría asociada a situaciones que constituyesen una alteración de la normalidad democrática, el ordinario funcionamiento de las instituciones, incluso que supusiesen un peligro cierto para la paz o la seguridad del Estado.

La Constitución española de 1978 (en adelante CE) prevé la suspensión de los derechos fundamentales de forma colectiva “cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio de conformidad con los arts. 55.1 y 116 CE, desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio.

Las diversas previsiones introducidas por el constituyente en todo caso responden a una misma razón, la defensa del orden constitucional, la normalidad democrática en el funcionamiento de las instituciones y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Por tanto, a la excepcionalidad de una situación determinada se podría responder de forma proporcionada con la suspensión del ejercicio de determinados derechos.

Otra cuestión que caracteriza la adopción de la excepcionalidad es la limitación temporal de las consecuencias de las medidas adoptadas con vigencia por tiempo limitado, en tanto se vuelva a la normalidad democrática. Además, la intervención del Congreso de los Diputados constituye un elemento de respeto a la distribución de poderes contenida en la Constitución orientado a evitar daños irreversibles al sistema democrático. Queda garantizado el funcionamiento democrático de las instituciones desde que expresamente prohíbe la Constitución que se pueda llevar a cabo la disolución del Congreso de los Diputados en tanto esté vigente alguno de los estados excepcionales. En el mismo sentido, la actividad parlamentaria se debe reanudar a través de su convocatoria cuando no estuviesen convocadas las Cámaras o, en su caso, procedería la convocatoria de la Diputación Permanente ante la proximidad del fin de la legislatura.

Ahora bien, la declaración de los estados excepcionales produce una modificación, si bien provisional, de las competencias y funciones que competen en la normalidad democrática a algunos de

los poderes del Estado. En este sentido, cabe resaltar como es a menudo el Poder Ejecutivo el que resulta reforzado por las nuevas funciones que se derivan de la citada declaración. No obstante, dicha atribución competencial de poderes excepcionales no debe llevarnos a incurrir en error alguno. De ningún modo se trata de detentar poderes que podamos considerar absolutos. Es obligado recordar como “la declaración de los estados de alarma, excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes” (art. 166 CE). En todo caso, como se señala en la Ley Orgánica 4/1981 ni de la declaración de los Estados excepcionales se deriva la interrupción del normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado y los actos, así como las disposiciones de la administración pública, que se adopten durante su vigencia “serán impugnables en vía jurisdiccional” (art. 3.1).

El alcance de la declaración del estado de alarma queda fijado en la propia Ley Orgánica 4/1981 al indicar que “las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio (...) serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad” (art. 1.2). En orden a la especificación de las causas que pudieran aconsejar la declaración se recogen la presencia de alguno de los supuestos que a continuación se enumeran; una catástrofe, o calamidad pública que pudiera tener por origen movimientos de tierras, las consecuencias de lluvias torrenciales que derivaran en la producción de inundaciones o la propagación del fuego como consecuencia de incendios o accidentes de enorme alcance por los daños personales y materiales.

También puede encontrar su razón de ser la declaración de este estado en una situación de crisis sanitaria que pudiera producirse con ocasión de la declaración y posterior propagación de epidemias con graves consecuencias para la salud de la población. En este mismo ámbito sanitario no sería descartable que supuestos graves de contaminación, con repercusión en la salud tuvieran igualmente acogida en este apartado.

Respecto a la competencia para su declaración, así como el procedimiento adecuado para llevarla a cabo, hemos de recordar que es el Gobierno el órgano competente para declarar el estado de alarma. La adopción de esta decisión debe ser comunicada al Congreso de los Diputados y las medidas que se derivan de su declaración. La duración de la vigencia del estado de alarma corresponde fijarla al Gobierno, si bien la duración máxima viene establecida en la Ley Orgánica 4/1981, ya que en ningún caso puede exceder de un período de 15 días. Cuando la magnitud de la catástrofe o la pervivencia de las consecuencias de la misma y el plazo acordado no resultase suficiente para la recuperación de la normalidad en la zona afectada, se podrá acordar la prórroga del estado de alarma, pero por la pervivencia de las consecuencias que para los titulares de los derechos supone dicha prórroga es necesario que se requiera por el Gobierno la preceptiva autorización de carácter expreso al Congreso de los Diputados.

Es preciso también conocer los efectos que se derivan para la población del ámbito territorial afectado por la declaración de este estado por el Gobierno de la nación. Así constituye una inequívoca garantía la previsión constitucional conforme a la que los derechos constitucionales no pueden ser suspendidos cuando el estado de alarma está en vigor (art. 55.1 CE). Ahora bien, en alguna medida parece evidente que una serie de derechos pueden verse limitados temporalmente y, por tanto, sus titulares sufrir alguna minoración de los mismos en el ámbito de su ejercicio.

Por cuanto respecta a las causas previstas en la Ley Orgánica 4/1981 para la declaración del estado de excepción, hemos de señalar que se prevé la posibilidad de declarar el estado de excepción cuando se produzca una situación de crisis de orden público y, como consecuencia de ella, se altere gravemente la libertad de ejercicio de los derechos y libertades de ciudadanos, el funcionamiento normal de las instituciones democráticas o de los servicios públicos esenciales de la comunidad, u otros aspectos del orden público. Lógicamente la gravedad de la situación que se produzca debe ser tal que el ejercicio de las facultades ordinarias por los poderes públicos resulte insuficiente de todo punto para permitir el restablecimiento de la normalidad.

En relación con la competencia para la declaración del estado de excepción la iniciativa viene atribuida al Gobierno, tras la autorización preceptiva que con carácter previo compete al Congreso de los Diputados. La propuesta que realice el ejecutivo debe determinar los efectos, es decir, concretar expresamente que derechos serán susceptibles de ser suspendidos, el ámbito territorial de aplicación de dicho estado, la duración del mismo, así como las sanciones y las demás medidas a adoptar (art. 13.2). La declaración en la

que se contiene la proclamación del estado, igual que la derogación del mismo requiere la aprobación del acuerdo formalmente por Decreto adoptado en Consejo de Ministros.

En relación a la duración del estado de excepción, cabe decir que está sujeto a un plazo límite su vigencia de un período de 30 días. Ahora bien, se contempla en la norma que regula su adopción el hecho de que pueda ser prorrogado por idéntica duración. Los efectos que siguen de la declaración del estado de excepción pueden precisar algunas consideraciones más detenidas, dada su posible repercusión sobre el ejercicio de determinados derechos fundamentales expresamente recogidos en el art. 55 CE. Por tanto, dada la previsión constitucional de tal suspensión, esta deberá llevarse a cabo dentro del marco constitucional. Por las causas que pueden originar la declaración se infiere rápidamente como la suspensión de los derechos fundamentales puede recaer sobre la esfera de la libertad personal (art. 17 CE). Pero igualmente puede afectar al ámbito de la intimidad personal y por ello a la inviolabilidad del domicilio (art. 18, 2 CE), a la interceptación de las comunicaciones (art. 18.3), a la libertad de expresión (art. 20, 1 a) y al ejercicio de los derechos de reunión y de manifestación (arts. 21 y 22 CE).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse hasta en cinco ocasiones respecto de la regulación y consecuencias de las dos declaraciones de estado de alarma llevadas a cabo el 2020. Se trata de un Auto de inadmisión de un recurso de amparo, dos sentencias que resuelven dos recursos de inconstitucionalidad, una que otorga el amparo y declara la inconstitucionalidad de un Acuerdo de la Mesa del Congreso y otra que se pronuncia ante una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Con anterioridad al año 2020 solo en una ocasión se había declarado el estado de alarma a través del Real Decreto 1673/2010 de 4 de diciembre por el que se acordaba el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Con dicha norma se aprobó el cierre del espacio aéreo al objeto de garantizar la libertad de circulación (art. 19 CE) ante el riesgo de paralización de un servicio público esencial para la sociedad como el tráfico aéreo con una duración de 15 días. Hemos de hacer referencia también al Real Decreto 171/2010, de 17 de septiembre por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el anterior Real Decreto ya que no se había superado en el plazo citado “la crisis desencadenada”, previa petición del Gobierno al Congreso al objeto de “asegurar la normalidad en el funcionamiento del tráfico aéreo, de mantener la seguridad jurídica en la prestación de un servicio público esencial y de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente su libertad de circulación”.

Hemos de recordar que cuando el Tribunal Constitucional se pronunció, con ocasión de su STC 83/2016, relativa a la constitucionalidad de la declaración del estado de alarma de 2010, ya manifestó una consideración muy precisa del alcance de la afectación de los derechos fundamentales durante la vigencia de este estado. Por ello hemos de recuperar dos afirmaciones allí contenidas. En primer lugar, la diferencia entre restricción o limitación de un derecho y su suspensión. En segundo lugar, que la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de derechos fundamentales “aunque si la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”.

La primera declaración de estado de alarma para hacer frente a la pandemia se contenía en el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo “para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19”. Aun cuando la duración inicial fijada era de quince días naturales previa autorización del Congreso de los Diputados, fue prorrogado en sucesivas ocasiones hasta el inicio del mes de junio. Dicha norma sería objeto de enjuiciamiento constitucional resulto par la STC 148/2021 de consecuencias para la resolución del caso que a continuación se analiza.

El segundo estado de alarma fue declarado por el Real Decreto 926/2020 de 25 de octubre para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2 y recurrida su acomodación constitucional ante el alto Tribunal que resolvió su inconstitucionalidad en STC 183/2021. Cabe recordar que en comparación con la declaración precedentes del año 2020 esta contenía una limitación de derechos por tiempo determinado, dicha limitación lo era de menor intensidad y atendía a la realidad de la configuración territorial del Estado en Comunidades Autónomas.

III. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL IUS IN OFFICIUM Y SU LIMITACIÓN POR LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA.

Una vez expuesto brevemente el contexto en el que debe ser abordada la resolución por el Tribunal Constitucional sobre la incidencia de la declaración del estado de alarma en el ejercicio del ius in officium recordemos que la STC 168/2021 resolvió el recurso de amparo interpuesto por 52 Diputados del partido Vox contra el acuerdo de la Mesa del Congreso 19 de marzo de 2020 de suspensión del cómputo de los plazos reglamentarios que afectan a iniciativas en tramitación hasta el levantamiento de dicha suspensión por la citada Mesa. La cuestión que se nos plantea y será objeto de consideración no es otra que la relación entre el art 23 CE y el art. 116.5 CE y en qué medida el acuerdo de la Mesa con fundamentación en la previa declaración del estado de alarma pudo constituir una vulneración de los derechos de los diputados a la participación política.

La controversia que se suscita pues en este recurso de amparo no es otra que la impugnación del citado acuerdo de la Mesa del Congreso de suspensión de la tramitación de las iniciativas parlamentarias y en qué medida con esta suspensión se impidió el ejercicio de la función representativa por los Diputados y de control sobre el Gobierno, que también afectaba a los plazos administrativos, de prescripción y de caducidad de los procedimientos administrativos del Congreso.

Cabe decir que dicha Declaración solo alcanzó en sus efectos desde el 19 de marzo al 13 de abril. El acuerdo se fundamentaba en la situación de estado de alarma, así como en la lucha contra la pandemia.

El análisis de este asunto requiere llevar a cabo un desarrollo de las actuaciones que tuvieron lugar en el Congreso de los Diputados para después precisar la fundamentación del recurso de amparo interpuesto y la posterior resolución del Tribunal como los votos particulares formulados a la misma.

El contexto es de sobra conocido, la Mesa del Congreso adoptó el Acuerdo de 19 de marzo de 2020 de suspensión del cómputo de los plazos reglamentarios relativos a las iniciativas parlamentarias en tramitación en el Congreso hasta que se levantara la misma. Dicha suspensión también afectaba a los plazos administrativos, de prescripción y de caducidad de los procedimientos administrativos desde la entrada en vigor de la declaración del estado de alarma. Inicialmente se trataba de una suspensión sine die y no sujeta a condición previamente establecida para su levantamiento.

Con posterioridad, el 23 de marzo, el presidente y la portavoz adjunto del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso presentaron la solicitud de reconsideración del acuerdo adoptado en la Mesa. Se consideraba que el acuerdo conllevaría la paralización de la actividad parlamentaria y de modo especial la función de control al Gobierno tenor del mandato constitucional (art. 66.2 CE) de tal modo que tan solo quedaría como actividad parlamentaria la relativa a las sesiones de convalidación de los decretos-leyes del Gobierno.

En la reunión de 7 de abril de 2020 la mesa del Congreso de los Diputados acordó el levantamiento de la suspensión del cómputo de los plazos con efectos de 13 de abril de 2020. Suspensión que inicialmente fue considerada por la mesa como “una medida adecuada y proporcionada a las circunstancias sanitarias y de salud pública concurrentes”, como sucedió igualmente con el levantamiento de la suspensión, habiéndose procedido dentro de la autonomía de la Cámara de forma adecuada a dichas circunstancias sin paralización de su actividad y tan solo aminorada preservándose en todo momento la función de control del Gobierno.

Finalmente, en la reunión celebrada el 21 de abril de 2020, la mesa del Congreso adoptó el acuerdo de desestimación de la solicitud de reconsideración presentada por los Diputados del Grupo Parlamentario Vox. Se rechaza la vulneración alegada por aquellos del derecho fundamental de participación política ya que no se llegó a producir la inactividad de la Cámara, en la medida en que no se ha impedido en este periodo la presentación de iniciativas y la calificación de las mismas por la mesa, así como la continuidad por parte del Gobierno en la remisión de contestación de preguntas y a solicitudes de información.

El recurso de amparo se interpone contra los acuerdos de la Mesa del Congreso de 19 de marzo y de 21 de abril de 2020 relativos el primero a la decisión y la ratificación en trámite de reconsideración de la suspensión del cómputo de los plazos reglamentarios de las iniciativas parlamentarias y los plazos administrativos, de prescripción y de caducidad de los procedimientos del Congreso de los Diputados.

El recurso de amparo se formula por Diputados del Congreso en defensa del ejercicio de sus funciones frente al acuerdo de la Mesa del Congreso por entender que con este se afecta el ejercicio de sus funciones (art. 23.2 CE) y también se afecta el derecho de los ciudadanos a la participación en asuntos

públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE) aun cuando sean los representantes de los ciudadanos los que “dan efectividad” al derecho de estos a participar en los asuntos públicos. Los recurrentes alegan la vulneración del derecho fundamental de participación política en una doble vertiente: la que denominan “esencialidad de la función parlamentaria del control del Gobierno” así como la desactivación del “núcleo de la función representativa”. Se invocan igualmente los artículos 66.2, 108 y 116.5 CE como preceptos que rigen y han de ser observados para la resolución de este recurso.

Cabe recordar que el art. 108 CE legitima al Congreso para exigir responsabilidad al Gobierno y por tanto tiene alcance general, sin hacer ningún distingo entre situaciones de carácter ordinario o extraordinario. Por su parte el apartado 5 del art. 116 CE imposibilita que pueda ser objeto de interrupción la actividad parlamentaria durante la vigencia de los estados de excepción. Consideran los recurrentes que constituyen contenido de la función de control recabar información del Gobierno, recabar la presencia de los miembros del mismo ante el Pleno o las Comisiones, así como formular interpelaciones y preguntas que habrían quedado en suspenso por el acuerdo adoptado por la mesa. Como consecuencia de esta paralización se señala que tan solo el Gobierno ha dispuesto la oportunidad de celebrar los Plenos de la Cámara, así como su contenido que ha quedado limitado a “dar cuenta” del estado de alarma y a recabar la autorización de las prórrogas, así como la convalidación de los reales decretos-leyes aprobados por el ejecutivo.

Los recurrentes fundamentan la especial transcendencia constitucional del recurso en la ausencia de doctrina del Tribunal en relación con la función que compete a la mesa del Congreso en los supuestos de estado de alarma y las limitaciones que puede acordar para la actividad parlamentaria, así como la relevancia que los amparos parlamentarios tienen en el ejercicio de la función representativa que trasciende del ámbito parlamentario.

Esta relevancia es igualmente apreciada por el Tribunal no solo por la carencia de pronunciamientos sobre una faceta del derecho fundamental sino también atendiendo a la cuestión jurídica relevante y general” y sus consecuencias políticas (STC 155/2009). Los recurrentes consideran que con dicha decisión se había producido una vulneración del derecho de participación política (art. 23 CE), así como una vulneración en el ejercicio de sus funciones de control de la acción del Gobierno por los parlamentarios provocada por la interrupción o paralización de todas las iniciativas legislativas en tramitación y, por tanto, una infracción del “núcleo esencial del ius in officium”.

El mayor interés que presenta esta sentencia es el de conocer en qué medida se puede ver afectado por la declaración de un estado excepcional el ius in officium de los Diputados como la institución del Congreso en general, ya que como se señaló con anterioridad, tanto en el art. 116.5 CE como la Ley Orgánica 4/1981 reiteran la imposibilidad de interrupción del funcionamiento de las Cámaras, así como la competencia del Congreso respecto de la prórroga, autorización, alcance y condiciones de su declaración. Por tanto, se trata de determinar la incidencia en el ejercicio del derecho de participación política de la declaración de un estado excepcional, si puede ser “condicionado y limitado” y, en caso positivo, en qué medida.

En efecto, como señalan los recurrentes el ejercicio de la función representativa lo es también de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los parlamentarios, reiterando que la declaración del estado de alarma no puede conllevar un desplazamiento de su ejercicio ni su suspensión. Por otra parte, hemos de recordar que la exigencia de responsabilidad al Gobierno por parte del Parlamento tiene alcance general sin distinción entre la normalidad y las situaciones de excepcionalidad. Ambos argumentos refuerzan la permanencia en el ejercicio de sus funciones constitucionales del Parlamento en cuanto conforman el núcleo esencial del ius in officium. Además, “la indeterminación” tanto del período de duración de la suspensión acordada como sobre su levantamiento únicamente a merced de una nueva decisión “discrecional” de la Mesa, reforzaban la fundamentación por los recurrentes de la vulneración del derecho de participación política y del ejercicio de las funciones de control y exigencia de responsabilidad política de su gestión sobre el Gobierno constitucionalmente atribuida al Parlamento.

Diversas son las cuestiones objeto de controversia en este recurso de amparo y pertinentes para abordar la resolución del mismo, que van desde el estricto análisis de la concurrencia de los elementos imprescindibles para la admisibilidad del recurso de amparo, más allá de un enjuiciamiento abstracto del mismo y la ausencia de aporte probatorio por los recurrentes que permita constatar la relación de causalidad entre los acuerdos impugnados y el perjuicio concreto y preciso del hipotético derecho fundamental vulnerado. Sin duda como se recogería más tarde en algún voto particular disidente partidario de la inadmisión

a trámite de este recurso de amparo, no parece suficientemente fundamentada la razón de la admisión del mismo a trámite dado el carácter genérico de su formulación y, sobre todo, por la falta de aportación de los perjuicios concretos que se le hubieran causado a los recurrentes en su función parlamentaria, ya que la identificación de los mismos es imprescindible para la admisión del recurso.

El enjuiciamiento que lleva a cabo el Tribunal gira en torno a los límites a que se puede sujetar el derecho a la participación política” por tanto corresponde ponderar la limitación llevada a cabo de la actividad parlamentaria tras el acuerdo de la Mesa. Cabe apreciar que no fue una limitación absoluta que impidiera de todo punto desarrollar la labor de control y exigencia de responsabilidad al Gobierno.

La jurisprudencia constitucional sobre el derecho de participación política es reiterativa en que este es un derecho de configuración legal correspondiéndole a los reglamentos parlamentarios la determinación de su alcance y contenido. Como también ha declarado el alto Tribunal la exigencia de la observancia estricta de las normas parlamentarias lleva a que los órganos parlamentarios realicen una “interpretación restrictiva” de cuantas normas pudieran conllevar una “limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público”. De igual modo se ha afirmado que “no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* resulta lesivo del derecho fundamental” (47/2018). Es obvio que si no existen derechos absolutos tampoco lo será el derecho a la participación política. Tan solo tendrán relevancia constitucional “los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria”. Por tanto, estaremos en presencia de una violación del derecho de los parlamentarios al ejercicio de cargo público y el correlativo derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes “si los propios órganos de las Asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de representantes” (STC 96/2019).

Procede pues analizar si con el acuerdo adoptado por la mesa del Congreso se han quebrantado las normas ordenadoras de los procedimientos parlamentarios con perjuicio para los aspectos que “forman parte del núcleo de la función representativa” (STC 19/2019).

Así como las discrepancias contenidas en los diversos votos particulares disidentes del entendimiento mayoritario de los miembros del Tribunal respecto de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la participación política, a delimitar aquellos elementos esenciales del *ius in officium*, así como la pertinencia del análisis abstracto del recurso de amparo o el carácter prescindible de la aportación de elementos probatorios del perjuicio invocado. Ciertamente se reproduce también en este caso un cierto debate en torno al alcance de la suspensión de la que ya se derivó en las SSTC su inconstitucionalidad, si bien el objeto central del debate se dirige hacia el contenido esencial del derecho de participación en su alcance más general como proyección de los ciudadanos manifestada en las urnas, así como en la función más específica de control del Gobierno, control que debe ser más exhaustivo si cabe en una situación de excepcionalidad.

Por los letrados de la Cámara se argumentó ante el Tribunal Constitucional la excepcionalidad de la situación y, por ello, la necesidad de preservar la salud de los Diputados, así como del personal al servicio de la misma, motivo por el que se adoptó el acuerdo de la mesa ahora impugnado, al objeto de alcanzar un equilibrio entre la preservación de la salud y el ejercicio de las funciones como parlamentarios. Tampoco habría sido admisible que el Congreso de los Diputados se hubiera sustraído al cumplimiento de las prescripciones sanitarias impuestas para hacer frente a la pandemia.

El Ministerio Fiscal se opuso a las alegaciones de los recurrentes argumentando que las limitaciones que se hubieran impuesto al ejercicio del derecho de participación política lo eran para la preservación de valores constitucionales y que en ningún caso la restricción en el ejercicio del mismo interrumpió o paralizó la actividad parlamentaria con vulneración del art. 116.5 CE.

Otras objeciones formuladas por los letrados de la Cámara como por el Ministerio Fiscal que no fueron aceptadas eran las relativas a la duración limitada de la suspensión, la realidad de la celebración en ese período de sesiones de trabajo en la Cámara, dos reuniones de la Junta de Portavoces, tres sesiones plenarias, así como reuniones de la Comisión de Sanidad. Por tanto, la suspensión no operó en una paralización total y completa de la actividad parlamentaria cuanto, en una ralentización de otras funciones de la Cámara, si bien continuó la actividad de esta a un ritmo menor, pero en ningún caso dando lugar a la inactividad. Este aspecto se acredita a través de diversas actuaciones que prosiguieron su tramitación durante el lapso de

tiempo transcurrido desde el acuerdo inicial hasta su levantamiento que quedaron referenciadas en este último acuerdo.

El Tribunal en consonancia con pronunciamientos anteriores reitera que la declaración del estado de alarma “no permite la suspensión de ningún derecho fundamental” (STC 83/2016), así como la declaración del estado de crisis incide en el régimen de ejercicio de los derechos fundamentales, pero la “intensidad y generalidad” de dicha alteración no puede suponer la “suspensión” (STC 148/2021). El enjuiciamiento de la acomodación constitucional de la declaración del estado de alarma se contiene en el debate y resolución que pone fin al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020. En efecto, la STC 148/2021 declaró inconstitucionales la limitación de la libertad de circulación como también la habilitación en favor del Ministro de Sanidad introducido por el Real Decreto 465/2020, para modificar, ampliar o restringir” las medidas y actividades en el mismo.

El elemento central del debate jurídico para la resolución de aquel recurso de inconstitucionalidad, giró en torno a la naturaleza de la restricción que se operaba sobre el derecho a la libre circulación (art. 19 CE) como consecuencia de la declaración del estado de alarma.

La cuestión a la que debía responder el alto Tribunal era si estábamos en presencia de una “privación” o “cesación” del derecho aunque fuese de carácter temporal y con algunas excepciones previstas, o si por el contrario se trataría de una “reducción” en el ejercicio del mismo. Para la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional se estaba ante una suspensión “de forma generalizada, para todas las personas” por lo que se declaró la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Ahora bien recordemos que dicha inconstitucionalidad no derivaba “del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad” se estimaron acertadas, cuanto del “instrumento jurídico del cual se llevó a cabo la suspensión”. En concreto se consideró que no se “delimita” el derecho a circular libremente cuanto que se “suspende (...) de forma generalizada, para todas las personas”, lo que conduce según los magistrados a que este derecho individual deja de “existir” y, por consiguiente, tiene lugar un “vaciamiento” del mismo. Prevalció pues en el parecer de la mayoría de los miembros del Tribunal, para apreciar la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma al considerar la intensidad en las medidas adoptadas, en detrimento de los supuestos de hecho que de conformidad con la Ley Orgánica 4/1981 habilitan para la declaración de los diversos estados excepcionales. Según el parecer mayoritario del Tribunal habría sido pertinente la declaración de estado de excepción y por ello se resuelve la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma.

En concreto y por lo que afecta a la resolución del recurso de amparo aquí objeto de comentario, tratándose de un deber constitucional del Congreso la exigencia de responsabilidad política por la actuación del Gobierno en el contexto del control parlamentario, en ningún caso la declaración del estado de alarma puede “interrumpir el funcionamiento” de los poderes del Estado y por ende del Congreso de los Diputados. En cuanto al *ius in officium* de los parlamentarios cuestionado por los recurrentes hemos de recordar que de conformidad con reiterada doctrina del alto Tribunal solo tendrá relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos a los parlamentarios “que pertenezcan al núcleo de la función representativa.

Corresponde pues al Tribunal la determinación de la incidencia de la declaración del estado de alarma en el ejercicio del derecho de participación política de los parlamentarios y en especial a la función de control integrada en el *ius in officium*. Por tanto, afirma el Tribunal, durante la vigencia del estado de alarma no cabe privación alguna del ejercicio de la función de control u exigencia de responsabilidad al Gobierno. Afirmación que se ve completada de conformidad con el art. 116.6 CE con la de que en “ningún caso ni bajo ninguna situación” cabe por tanto “modificar” la responsabilidad del Gobierno. Para concluir que las funciones de control integrantes del núcleo esencial del *ius in officium* tienen una “mayor intensidad y necesidad de protección” durante la vigencia de los estados excepcionales.

Aun cuando por la letrada del Congreso como por el Ministerio Fiscal se invocó la pertinencia de aplicar el test de proporcionalidad para la resolución del recurso de amparo, atendiendo de un lado a la preservación del interés general (vida y salud) de parlamentarios y personal de la Cámara y, de otro lado, el ejercicio del derecho de participación política y en especial en su vertiente de control y exigencia de responsabilidad, concluyendo la prevalencia del interés general sobre el derecho fundamental. Se descarta por el sector mayoritario del Tribunal realizar el juicio de proporcionalidad al entender que como consecuencia de la declaración del estado de alarma se había producido la suspensión del ejercicio del

derecho faltando pues uno de los dos elementos que implica tal juicio, por lo que se afirma que el juicio de proporcionalidad no es “el canon apropiado para el enjuiciamiento constitucional de las cuestiones suscitadas en este recurso.

No obstante quedan sin precisar en la argumentación mayoritaria del Tribunal cuestiones de relativa importancia como el alcance que debiera de tener la función de control durante la vigencia del estado excepcional, esto es, si la labor de control gubernamental tan solo debiera limitarse en este período a las cuestiones vinculadas con el estado de alarma declarado o, si por el contrario, la labor de control y la correlativa exigencia de dación en cuenta por el Gobierno debiera afectar a toda la actividad de aquél.

Más allá de la duración indeterminada de la suspensión acordada, con omisión de otras medidas menos gravosas que pudieran haber sido adoptadas, sin previsión respecto del tiempo de su vigencia y tan solo “supeditada” a una nueva decisión de la mesa y con una inequívoca vocación de “generalidad”, conlleva que se desestimen las argumentaciones relativas a la actividad desplegada durante el período en que estuvo vigente.

Se concluye por la mayoría de los miembros del Tribunal que el acuerdo de la Mesa del Congreso supuso una “suspensión” del ejercicio del derecho fundamental de participación política contrario a lo preceptuado en el art. 116.5 CE. Aunque para alcanzar este fallo se obvia la realización de un juicio de proporcionalidad dado que la suspensión del derecho impide llevarlo a cabo entre dicho derecho y el fin o interés constitucionalmente protegido que se perseguía con la adopción del acuerdo luego recurrido.

El fallo de la sentencia recoge la declaración de vulneración del derecho fundamental a la participación política y la nulidad consiguiente del acuerdo inicial de la mesa del Congreso como del posterior que desestimo la solicitud de reconsideración, en tanto que la “interrupción temporal” de la actividad del Congreso resulta contraria a nuestra Norma Fundamental y afecta al contenido esencial del ius in officium de los recurrentes, toda vez que se les imposibilitó el ejercicio de la actividad parlamentaria, presentación de iniciativas así como la función de control al Gobierno.

Sin embargo, a la posición mayoritaria del Tribunal se formularon varios votos particulares de diverso alcance que venían condicionados por la posición minoritaria discrepante de algunos magistrados ya manifestada en las anteriores sentencias comentadas. Así se reitera entre otros aspectos la posición de los magistrados discrepantes en relación con la suspensión y restricción de derechos (STC 148/2021). Recordemos que Para entender este parecer disidente de algunos magistrados hemos de centrarnos en la determinación del criterio pertinente para resolver la constitucionalidad de la declaración. Como se recoge en el voto particular formulado por el magistrado Xiol Ríos en la sentencia relativa a la inconstitucionalidad de la primera declaración del estado de alarma, la clave para resolver la constitucionalidad del estado de alarma declarado estaría en la causa que originó la situación de emergencia, esto es, la crisis sanitaria. Por tanto, no se debe apreciar la constitucionalidad de la declaración del estado de alarma a partir de la intensidad o la gravedad de la crisis que motiva la declaración.

Pero sin duda otras cuestiones que se ponen de manifiesto en los votos particulares afectan al alcance general del recurso de amparo o a la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la participación política. En efecto, se hace hincapié en el carácter abstracto del recurso de amparo presentado, ya que tan solo habría una afirmación en abstracto por los recurrentes de la vulneración del derecho de participación. No había resultado acreditado por los recurrentes una vulneración directa causa efecto entre el acuerdo adoptado por la mesa de la Cámara y el impedimento concreto del ejercicio del núcleo de la función representativa, no habiéndose especificado cual o cuales iniciativas concretas de los grupos parlamentarios habrían resultado afectadas. Además, no quedó acreditada la interrupción de la función de control del Gobierno durante el período en que estuvo vigente la suspensión de los plazos de tramitación. Por otra parte, había de tenerse en cuenta que no todas las facultades integrantes del estatuto parlamentario forman parte del derecho fundamental de participación política, sino tan sólo aquellas directamente relacionadas con las potestades legislativas y el control de la acción del gobierno.

Como indica el magistrado Gómez González en su voto particular no se llevó a cabo el registro de ninguna iniciativa de control por parte de los miembros del grupo parlamentario recurrente que se hubiese impedido su puesta en marcha, por lo que no resulta en ningún caso acreditado “el necesario nexo de causalidad entre iniciativas de este tipo y la lesión del contenido esencial del derecho de participación.

En efecto, el recurso de amparo “no está establecido para el logro de declaraciones abstractas de inconstitucionalidad, sino para la reparación de vulneraciones de derechos y libertades fundamentales concretamente producidas a los recurrentes”, como ha sido reiterado por el alto Tribunal. Es con fundamento en esta reiterada jurisprudencia que el magistrado Conde Pumpido señala la ausencia de análisis en la sentencia de “qué aspecto del contenido esencial del ius in officium se ha visto lesionado de forma concreta, real y efectiva”, ni tampoco qué lesión real y efectiva se ha producido como consecuencia de la decisión de la Mesa. Se señala que el Tribunal no ha tenido en cuenta el contexto concreto en el que se ubica la decisión de la Mesa, esto es la pandemia y por tanto la preservación de la salud y de la vida en un contexto de crisis sanitaria, también de los parlamentarios. De otra parte, han quedado exentos los recurrentes en amparo de acreditar qué concretas iniciativas parlamentarias registradas se han visto afectadas por la decisión de la mesa lo que lleva a concluir que la falta de “motivación” por parte de los recurrentes respecto de “la lesión de su derecho fundamental” habría bastado para desestimar el citado recurso.

En el voto particular de la magistrada Blaguer Callejón al que se adhiere el magistrado Xiol Ríos se reiteran aspectos ya analizados en los anteriores votos particulares, si bien se constata que con la declaración del estado de alarma resultaba evidente que la Cámara no podía desarrollar con normalidad su actividad y por ello se vieron afectados otros aspectos de la actividad parlamentaria, si se llevó a cabo la actividad de control parlamentario de la acción del Gobierno sin que por los recurrente se haya acreditado en qué forma “haya podido afectar de modo singular y concreto” al ejercicio del ius in officium la ausencia de convocatorias de sesiones plenarios de control del ejecutivo, sin haberse acreditado por los recurrentes.

LA FUNCIÓN PARLAMENTARIA DE ORIENTACIÓN E IMPULSO EN ANDALUCÍA

Juan Manuel López Ulla

Universidad de Cádiz

juanmanuel.ulla@uca.es

Sumario:

I. EN TORNO A LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA FUNCIÓN DE CONTROL.
II. A PROPÓSITO DE LA EFICACIA DE LOS ACTOS PARLAMENTARIOS DE ORIENTACIÓN
E IMPULSO. III. LA FUNCIÓN DE ORIENTACIÓN E IMPULSO EN EL PARLAMENTO DE
ANDALUCÍA. 1. Propositiones no de ley. 2. Mociones. 3. Otras Resoluciones de la Cámara.

39

RESUMEN

En este trabajo analizamos la función de orientación e impulso de la acción política del gobierno para determinar si en realidad se trata de una modalidad de la función parlamentaria de control, conclusión a la que efectivamente llegamos tras un exhaustivo análisis de la actividad a propósito en el Parlamento de Andalucía.

Palabras clave:

Parlamento de Andalucía, función de control, función de orientación e impulso de la acción política, Proposición no de ley, Mociones.

ABSTRACT

THE OVERSIGHT AND STIMULUS FUNCTION IN THE ANDALUSIAN PARLIAMENT.

One of the Parliament's main roles is to stimulate the political action of the Government. After an exhaustive analysis of the activity that is carried out in Andalusia in this regard, we have come to the conclusion that this role is in fact a modality of the function of control of the Government action.

Key Words:

Parliament of Andalusia, oversight and stimulus function, *Proposiciones no de ley, mociones*.

I. EN TORNO A LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA FUNCIÓN DE CONTROL.

La función parlamentaria de orientación e impulso de la acción política del Gobierno, siendo muy importante, no está reconocida en la Constitución. Sí lo está, como es sabido, la función de control (artículo 66.2 de la Constitución española). Los constituyentes probablemente entendieron que la primera no era más que una de las manifestaciones de la segunda.

A mediados de los ochenta, la doctrina discutió intensamente sobre los elementos configuradores de la función de control. LÓPEZ GUERRA, ya entrados los noventa, reconocía que este concepto pertenecía “a aquellos que, aparentemente inteligibles en forma inmediata y casi intuitiva, una vez sometidos a más detallado análisis conducen a dudas y perplejidades que impiden que, en la teoría constitucional y en el mismo lenguaje de la práctica, se llegue a una razonable unanimidad sobre su significado”¹. Hoy estamos en disposición de contrastar la teoría con la práctica. Esa es la intención de este trabajo: analizar la función de orientación e impulso de la acción política del gobierno para determinar si en realidad se trata de una modalidad de control, conclusión a la que efectivamente hemos llegado.

Para realizar este estudio nos hemos centrado en los expedientes sustanciados en el Parlamento de Andalucía en relación con el ejercicio de esta función. Ciertamente, el análisis hubiera sido más completo si hubiésemos comprendido en él la actividad que se desarrolla en las Cortes Generales y en la totalidad de los parlamentos autonómicos, pero tamaño esfuerzo hemos considerado que no era absolutamente necesario, pues todos los Reglamentos han utilizado el del Congreso de los Diputados como modelo de referencia. Con independencia del interés que sin duda un trabajo de mayor envergadura pudiera presentar, los resultados que se derivan de la práctica parlamentaria en Andalucía entendemos que pueden ser trasladables al conjunto de los parlamentos de la nación².

MANZELLA, en uno de los primeros estudios sobre el ejercicio de la función de impulso de la acción política del Gobierno, la describe como aquella que permite al Parlamento manifestar su voluntad sobre los grandes objetivos de la política nacional, señalando los instrumentos más adecuados para llevarlos a cabo³. Estando en esencia de acuerdo con esta definición, son importantes un par de observaciones:

La primera es que el Parlamento impulsa y orienta sobre cualquier asunto, no exclusivamente sobre los de especial trascendencia. El objeto de la iniciativa no es relevante, hasta el punto de que podría versar sobre algo que no fuera de la estricta competencia de la Cámara. Lo definitivo para que podamos hablar del ejercicio de esta función es que, tras un debate, la Asamblea pueda adoptar una resolución expresando su posición sobre la cuestión planteada⁴.

La segunda observación deriva en puridad de la primera: aunque la función parlamentaria de orientación e impulso trate, en principio, de influir en el Gobierno de alguna manera, este no es siempre el destinatario de la iniciativa presentada. Lo normal es que lo sea, pero la práctica parlamentaria demuestra que indefectiblemente no tiene por qué ser así. Lo será sin duda cuando la Resolución que se adopte tenga derive de una Interpelación previa –caso de las Mociones- o de una Comunicación, de un Plan o Programa del Gobierno, o de un Debate de carácter general, que en Andalucía y hasta la fecha siempre han versado sobre cuestiones de ámbito autonómico. Pero la Proposición no de ley (PROPOSICIÓN NO DE LEY), que es el instrumento de orientación e impulso con diferencia más utilizado en todos los parlamentos, permite que la Cámara pueda pronunciarse sobre cualquier asunto, no solo sobre los que compete al gobierno de la Comunidad Autónoma.

Aunque resulte en principio de perogrullo, cuando el artículo 66.2 de la Constitución española

1 Vid. L. LOPEZ GUERRA, «El control parlamentario como instrumento de las minorías», *Anuario de Derecho Constitucional y parlamentario*, núm. 8, 1996, p. 81.

2 Al efecto, recomendamos la monografía de G.P. RUIZ-RICO RUIZ, *La forma de gobierno en Andalucía: tendencias y evolución del sistema parlamentario autonómico*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

3 Cfr. A. MANZELLA, *El Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 261. En sentido similar, I. E. MOLAS PITARCH I. E., *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 32.

4 Véanse en este sentido, las SSTC 40/2003, FJ. 3; 1/2015, FJ. 5; y 23/2015, FJ. 7.

señala que las Cortes “controlan la acción del Gobierno”, esto presupone la existencia de una *acción del Gobierno* que es objeto de control, por lo que hay que separar de la actividad de control todos aquellos procedimientos que supongan una cooperación o habilitación del Parlamento con la acción del Ejecutivo⁵. Esto es, los procedimientos de control tienen como exclusiva finalidad fiscalizar la actividad del Gobierno, no colaborar con él. En este sentido, cabe afirmar que son unos procedimientos concretos y especializados.

Los instrumentos paradigmáticos para desarrollar esta función de control son las Preguntas y las Interpelaciones, pero existen otras herramientas que no tienen una función tan definida, pudiendo servir para fiscalizar, censurar, proponer o solicitar información, según la intencionalidad de quien ejerza la iniciativa. Esta versatilidad es especialmente característica de las iniciativas que, en principio, están al servicio de la función de orientación e impulso de la acción del Gobierno, por lo que algunos autores entienden que no es acertado diferenciar esta función de aquella otra. Así se pronuncia, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, quien considera que dentro de la actividad de control cabe tanto la inspección o examen de lo realizado como la exhortación, el impulso o la orientación de la acción del Gobierno⁶. GARCÍA FERNÁNDEZ también se posiciona en esta dirección, advirtiendo que la función de control no siempre se centra en la crítica en sentido negativo sino también en el planteamiento de propuestas alternativas⁷. Y en un sentido similar, PÉREZ ROYO sostiene que hay instrumentos a través de los cuales se ejerce un control de contenido negativo, en cuanto que se plantean para cuestionar la política del Gobierno, como es el caso de las mociones, mientras que otras herramientas permiten ejercer un control en sentido positivo, como es el caso de las proposiciones no de ley, en el sentido de que se presentan para mover al Gobierno en una dirección concreta⁸.

Toda esta discusión, que en estas páginas sólo podemos recordar, probablemente esté detrás de la decisión de no asignar funciones predeterminadas a los instrumentos parlamentarios que los Reglamentos de las Cámaras contemplan. Hay herramientas que, efectivamente, sirven exclusivamente para fiscalizar, para controlar en el sentido más estricto de la palabra, pero otras no tienen una específica finalidad asignada. Clasificar los procedimientos atendiendo a la función que cumplen puede ser adecuado en una aproximación de inicio para explicar cómo el Parlamento desarrolla las funciones que le son confiadas, pero hemos de ser conscientes de que la virtualidad del arma dependerá siempre de la intención con la que se use.

En la XIV legislatura se presentaron dos mociones de censura en el Congreso de los Diputados contra el presidente del Gobierno. En ambos casos, a sabiendas de que la iniciativa sería rechazada, los diputados proponentes hicieron uso de esta figura para criticar la acción del Gobierno, utilizando el Parlamento como caja de resonancia. Si los instrumentos de exigencia de responsabilidad política tienen la principal característica de permitir el cambio de Gobierno si la iniciativa prospera, en ambos casos se utilizó la figura con el único propósito de movilizar al electorado, pues no había duda de que la propuesta fracasaría. No se trata de una crítica sino tan sólo de constatar lo que BAGEHOT ya advirtiera en el siglo XVIII, esto es, que el destinatario final de toda la actividad parlamentaria son los ciudadanos⁹.

5 Cfr. L. LOPEZ GUERRA, ob. cit.

6 Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Actos de los procedimientos de control, impulso e información», en *Los actos del Parlamento (Instituciones de Derecho Parlamentario II)*, Parlamento Vasco, Vitoria, 1999, p. 144: “(...) las mencionadas posibilidades de impulso parlamentario a la acción del Gobierno deban ser vistas como manifestaciones de la función de control político”.

7 Cfr. J. GARCÍA FERNÁNDEZ: «La función de control del Parlamento sobre el Gobierno», *Cuadernos de derecho público*, núm. 2, 1997, p. 44.

8 Cfr. J. PEREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 722.

9 Cfr. W. BAGEHOT, *The English Constitution*, segunda edición, McMaster University Version, 1873, pp. 118 y 119: “The second function of the House of Commons is what I may call an expressive function. It is its office to express the mind of the English people on all matters which come before it. Whether it does so well or ill I shall discuss presently. The third function of Parliament, is what I may call — preserving a sort of technicality even in familiar matters for the sake of distinctness — the teaching function. A great and open council of considerable men cannot be placed in the middle of a society without altering that society. It ought to alter it for the better. It ought to teach the nation what it does not know. How far the House of Commons can so teach, and how far it does so teach, are matters for subsequent discussion”.

Todos los instrumentos parlamentarios están al servicio de las funciones que las Cámaras tienen encomendadas. Además de la legislativa y la presupuestaria, el Parlamento tienen la enorme responsabilidad de vigilar y evaluar la acción del Gobierno. Con independencia del éxito de las propuestas que se presenten o del rechazo previsible de las mismas, la última ratio de todas las iniciativas que los Reglamentos parlamentarios contemplan es permitir que en la Cámara se manifiesten la diversidad de voluntades que la componen, permitiendo la crítica pública de la acción gubernamental. En democracia, la mayoría decide, pero las minorías han de tener el derecho a discutir (ARAGÓN REYES)¹⁰.

La práctica parlamentaria demuestra que el objetivo de generar opinión sobre la posibilidad de implementar otras políticas puede llevarse a cabo tanto a través de la actividad de control como a través de la actividad de impulso y orientación, pues si mediante las Preguntas y las Interpelaciones (instrumentos de control) la oposición puede ir desgastando al gobierno generando argumentos que justifiquen una sanción futura, lo mismo podemos decir de la mayoría de los instrumentos al servicio de la función de impulso o de orientación.

Pedir cuentas es la fórmula más común de controlar, pero también lo es presionar para que se actúe en un determinado sentido. Las Preguntas, las Interpelaciones o los requerimientos de información son instrumentos idóneos para operar de la primera de las formas; pero junto a esa modalidad negativa existe otra que consiste impulsar al Gobierno para que actúe en una determinada dirección. En este sentido, RUBIO LLORENTE entiende que “no hay en rigor procedimientos parlamentarios de control porque el control es, simplemente, una perspectiva desde la que puede analizarse toda la actuación parlamentaria o una función que todo auténtico Parlamento desempeña mediante el ejercicio de toda su actividad. Los procedimientos parlamentarios son siempre multifuncionales y el análisis de la función de control no puede reducirse, en consecuencia, a procedimientos determinados, sino que ha de tomar como objeto la totalidad de la actuación parlamentaria”¹¹. Y en la misma dirección se expresa ARAGÓN REYES: “la carencia de efectos vinculantes, la ausencia de sanción, en sentido estricto, no significa, ni mucho menos, que en esos casos desaparezcan los efectos políticos del control, sino que operan, o tienen capacidad de operar de manera indirecta (erosionando al órgano o a la mayoría política que los sustenta, incitando a la crítica que realiza la opinión pública, alertando al cuerpo electoral, etc)”¹². La práctica parlamentaria ha convalidado esta postura: todas las herramientas parlamentarias están, en última instancia, al servicio de la función de control¹³.

II. A PROPÓSITO DE LA EFICACIA DE LOS ACTOS PARLAMENTARIOS DE ORIENTACIÓN E IMPULSO.

Los actos parlamentarios de orientación e impulso carecen de efectos jurídicos vinculantes, pero esto no significa que carezcan de trascendencia, sino que su eficacia hay que medirla en términos políticos, pues en la medida en que a través de ellos la Cámara expresa su posición sobre un asunto determinado, su *autoritas* es incuestionable¹⁴.

Estos actos parlamentarios, que efectivamente no son jurídicamente vinculantes, tienen la capacidad “de producir efectos jurídicos propios y no meramente políticos”, pues “lo jurídico no se agota

10 Cfr. M. ARAGÓN REYES, «La reforma parlamentaria de Gobierno en España: reflexiones críticas», *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 163 a 165.

11 Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «El control parlamentario», *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 220.

12 Cfr. M. ARAGON REYES, *Constitución y control del poder*, Ediciones Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 154: (posibilidad)

13 Al respecto tuvimos ocasión de pronunciarnos en J. M. LÓPEZ ULLA, «El control a través de las proposiciones no de ley en el Parlamento de Andalucía», en L. López Guerra, L. (Coord.) *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 545-570.

14 SSTC 180/1991, FJ. 2; 40/2003, FJ. 3; 78/2006, FJ. 3 b); 29/2011, FJ. 4; 42/2014, FJ. 2; 158/2014, FFJJ. 3 y 4; 23/2015, FJ. 7; 259/2015, FJ. 2.

en lo vinculante”. Así lo ha recordado el Tribunal Constitucional en un par de sentencias con ocasión de los recursos promovidos por el Gobierno contra sendas resoluciones del Parlamento catalán sobre el inicio del proceso político de independencia. Al estudiar si estas resoluciones podían ser objeto del proceso constitucional de los artículos 161.2 de la Constitución española y 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional reconoce que sin perjuicio del marcado carácter político que éstas puedan tener, no por ello carecen de naturaleza jurídica, por lo que sí podían ser impugnadas a través de esta vía.

Al efecto, el Alto Tribunal recuerda que para que una resolución de una Comunidad Autónoma pueda ser controlada a través del procedimiento contemplado en los artículos citados son necesarios los siguientes requisitos: que tal resolución posea naturaleza jurídica; que sea, además, manifestación de la voluntad institucional de la Comunidad Autónoma, esto es, que proceda de un órgano capaz de expresar la voluntad de ésta y no se presente como un acto de trámite en un procedimiento; y, por último, que tenga, siquiera indiciariamente, capacidad para producir efectos jurídicos.

En relación con las resoluciones que fueron impugnadas (Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, y Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político de independencia en Cataluña), el Tribunal Constitucional reconoce que “sin perjuicio de su veste política” éstas tiene también “una indudable naturaleza jurídica” pues “«proclama[n] la apertura de un proceso constituyente (...) para preparar las bases de la futura constitución catalana», en un anunciado marco de «desconexión» del Estado español”. Esto es, hablamos de resoluciones capaces “de producir efectos jurídicos propios y no meramente políticos” (SSTC 42/2014, FJ. 2 y 259/2015, FJ. 2).

Por otra parte, aunque efectivamente los actos parlamentarios de orientación e impulso no tienen fuerza jurídica vinculante, este principio tiene un par de excepciones: la primera es que, puesto que el artículo 109 de la Constitución contempla que las Cámaras y sus Comisiones puedan recabar la información y la ayuda que precisen no sólo del Gobierno y de sus Departamentos sino también de cualesquiera autoridades del Estado y de las CCAA, si tal requerimiento se efectuara a través de una proposición no de ley, a ella quedarían obligadas las autoridades destinatarias de esa resolución¹⁵. La segunda excepción es que las proposiciones no de ley tienen eficacia jurídica vinculante en el ámbito estrictamente interno de la vida parlamentaria cuando versan sobre el funcionamiento de la Cámara (las que acuerdan, por ejemplo, la celebración de un debate sobre una determinada materia), o cuando se proyectan sobre un plano estrictamente orgánico (como cuando se resuelve la creación de una Comisión de investigación o de Estudio, y o una Ponencia).

Esta eficacia jurídica *ad intra* que acabamos de advertir tiene, no obstante, dos importantes límites: en primer lugar, el ámbito material objeto de la proposición no de ley ha de ser rigurosamente interno; y en segundo lugar, aún cuando así fuera, están vedadas las proposiciones no de ley cuya regulación esté reservada a otras categorías jurídicas, como sucede con todo lo concerniente al Estatuto de los Diputados, materia sobre la que existe bien una reserva de Ley Orgánica del Régimen Electoral General (artículos 70.1 y 81.1 de la Constitución, en materia de incompatibilidades), bien una reserva de Reglamento (del Congreso de los Diputados, como resulta del Título I de esta norma). Tampoco sería admisible una proposición no de ley que incidiera sobre materias que fueran de la competencia de la Mesa de la Cámara¹⁶.

Exceptuando los casos señalados, los actos parlamentarios de orientación e impulso no tienen capacidad de obligar. Si el Gobierno no atendiera lo que la Cámara hubiera aprobado, ésta no podría hacer otra cosa que recordar tal incumplimiento, con independencia, claro está, de las consecuencias políticas difusas que tal conducta pudiera generar, que son difíciles de medir.

Dicho lo anterior, el alcance vaporoso que estas medidas tienen no debe hacernos pensar que estamos ante herramientas de dudosa eficacia. Además del eco que una resolución parlamentaria tiene en los medios de comunicación, podemos recordar que en Andalucía varias leyes o normas con fuerza de ley nacieron a partir de una proposición no de ley aprobada en el Parlamento. Merece la pena citar algunos ejemplos:

15 Cfr. F. SANTAOLALLA LOPEZ, *Derecho parlamentario español*, Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 358.

16 Al respecto, "Nota de la Secretaría General del Congreso de los Diputados en relación con la proposición no de ley de un Grupo Parlamentario relativo a los grupos de interés", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 22, 1994, págs. 177 a 188.

La derogada Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (generalmente conocida como Ley de Memoria Histórica) señalaba en la Exposición de Motivos que la norma venía a dar cumplimiento a lo manifestado en una Proposición no de Ley aprobada por unanimidad en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados el 20 de noviembre de 2002.

La Ley 20/2021, de 19 de octubre, Memoria Democrática, que deroga la ley que acabamos de señalar utiliza como argumento a mayor abundamiento para justificar la necesidad de esta norma que el 20 de noviembre de 2002, la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados aprobara por unanimidad la necesidad de un “reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil española, así como de cuantos padecieron más tarde la represión de la dictadura franquista”.

La Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía también recuerda en su Exposición de Motivos que este texto tiene su origen en una Proposición no de ley que el Parlamento de Andalucía aprobó en relación con la conmemoración del 125 aniversario del nacimiento de Blas Infante y que la normativa pionera en España en relación con el reconocimiento de las víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura “tiene su germen en la Proposición no de ley aprobada por el Pleno del Parlamento de Andalucía en junio de 1999 en relación a la concesión de indemnizaciones a expresos y represaliados políticos que no resultaron favorecidos con las indemnizaciones fijadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (...)”.

La Ley 1/2014, de 24 de junio de Transparencia Pública de Andalucía advierte en la Exposición de Motivos que con ella “se da respuesta a la Proposición no de Ley relativa a las medidas legislativas sobre transparencia y el acceso a la información pública, aprobada por el Pleno del Parlamento de Andalucía el 27 de febrero de 2013, y en la que se instaba al Consejo de Gobierno a que, a partir de los requerimientos establecidos en el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, la futura ley andaluza de transparencia sea el referente en materia de transparencia y acceso a la información pública”.

El Decreto ley 9/2013, de 17 de diciembre, por el que se articulan los procedimientos necesarios para la reapertura de la mina de Aznalcóllar se refiere en su Exposición de Motivos a la proposición no de ley que por unanimidad aprobó el Parlamento de Andalucía, el 17 de julio de 2013, instando al Gobierno a ponerla de nuevo en funcionamiento.

La Ley 11/2011, de 5 de diciembre, por la que se regula el uso de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera en Andalucía señala en la Exposición de Motivos que el Parlamento de Andalucía, en septiembre de 2003, aprobó una proposición no de ley instando al Consejo de Gobierno a que solicitara al Gobierno central el reconocimiento oficial de la lengua de signos española, y la implantación en todo el territorio español del sistema educativo bilingüe (lengua oral/lengua de signos).

La Ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte recuerda en su Exposición de Motivos una proposición no de ley de la Comisión de Sanidad del Congreso que tomó en consideración la Recomendación 1418/1999, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre «Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos».

La Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada recuerda en la Exposición de Motivos que el Parlamento andaluz, en la sesión celebrada el 23 de mayo de 2003 había aprobado, a propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, una Proposición no de Ley en la que se instaba al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley que garantizara a los ciudadanos el ejercicio del derecho a decidir libremente sobre los tratamientos y las condiciones en que estos se le aplican, en situaciones de gravedad y cuando su estado le impida expresarlas personalmente, y ejercer, por tanto, su derecho a la autonomía personal.

El Decreto-Ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex-trabajadores y ex-trabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis recuerda, en la Exposición de Motivos, que tal medida tenía su origen en tres Proposiciones no de Ley que el Parlamento de Andalucía había adoptado por unanimidad en la Comisión de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, el 4 de octubre de 2012, en las que se instaba al Consejo de Gobierno a adoptar cuantas medidas resultaran necesarias para el cumplimiento

de los compromisos firmados en relación al pago de las ayudas sociolaborales, entre otros, de las personas trabajadoras afectadas”.

Y para terminar con esta relación, meramente ilustrativa, haremos referencia a la Ley 9/1996, de 31 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales en materia de hacienda pública, Contratación Administrativa, Patrimonio, Función Pública y Asistencia Jurídica a Entidades de Derecho Público, que tiene la particularidad de referirse a un par de proposiciones no de ley en el artículo 40.2, que dice así: “Sin perjuicio de lo previsto en el número anterior, no será de aplicación el contenido de las Proposiciones no de Ley 1/1988 y 6/1988, del Parlamento de Andalucía, relativas al ejercicio docente de determinados cargos públicos electos”.

Por último, en cuanto que la facultad de presentar iniciativas de impulso pertenece “al núcleo de la función representativa parlamentaria”, consideramos pertinente recordar que las Mesas de la Cámaras, a la hora de admitir o no una iniciativa no debe de entrar en consideraciones de fondo sino tan solo procedimentales. Esto es, “han de limitar sus facultades de calificación y admisión a trámite al exclusivo examen de los requisitos reglamentariamente establecidos. De lo contrario, no sólo estarían asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que sólo al Pleno o a las Comisiones de las Cámaras corresponde, sino, además, y desde la óptica de la representación democrática, estarían obstaculizando la posibilidad de que se celebre un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, cuyos efectos representativos ante los electores se cumplen con su mera existencia, al margen, claro está, de que la iniciativa, en su caso, prospere”¹⁷.

A estos efectos, la STC 78/2006 es muy interesante, pues estima un recurso de amparo contra un acuerdo de la Mesa del Parlamento de Andalucía que había inadmitido un par de proposiciones no de ley por entender que proponían un debate que no revestía un “interés público o general para Andalucía” y por considerarlas contrarias al ordenamiento jurídico por restringir de forma indebida la libertad de expresión”. Estas iniciativas se propusieron para censurar unas declaraciones del presidente de los socialistas catalanes críticas con el trasvase del Ebro a otras regiones. El FJ. 5, apdo a) de la citada sentencia señala:

“Es oportuno recordar, en esta dirección, que este Tribunal ha señalado, en relación con proposiciones legislativas, que la Mesa no puede excluir del debate aquellas iniciativas que versen sobre una determinada materia porque considere que la Comunidad Autónoma carece de competencia para abordarlas. Hemos afirmado, en efecto, que «aun en la hipótesis de que la proposición de Ley recayese sobre una materia respecto de la cual aquella Comunidad Autónoma careciese de competencia, correspondería al Pleno de la Cámara rechazarla por esa u otra razón o, por el contrario, decidir, pese a ello, su toma en consideración y depurarla de eventuales vicios de inconstitucionalidad a lo largo de las distintas fases que integran el procedimiento legislativo. Más aún: para el caso de que la proposición de Ley eventualmente inconstitucional alcanzase la forma definitiva de Ley y perdurasen esos eventuales vicios de inconstitucionalidad, sólo a este Tribunal Constitucional, cuando los sujetos legalmente legitimados para ello así lo demandasen, correspondería pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de esa futura Ley» (STC 124/1995, de 18 de julio, FJ 4)”.

En consecuencia, en relación con un acto de orientación e impulso de la acción del Gobierno, la Mesa no podría rechazar la iniciativa con argumentos de índole material, ni siquiera cuando la considere contraria a Derecho. Lo que no impide, como hemos visto al principio, que la resolución que a partir de la misma la Cámara pudiera adoptar pueda ser contralada jurisdiccionalmente.

17 STC 40/2003, FJ. 7. Véanse también, entre otras, las SSTC 78/2006, FFJJ. 3 b) y 5 a); 44/2010, FJ. 5; 29/2011, FJ. 4; 158/2014, FFJJ. 3 y 4; 200/2014, FFJJ. 6 y 7; 202/2014, FJ. 5; 213/2014, FFJJ. 4 y 5; 1/2015, FJ. 7; y 23/2015, FJ. 7; y el ATC 155/1993.

III. LA FUNCIÓN DE ORIENTACIÓN E IMPULSO EN EL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA.

El Parlamento ejerce la función de orientación e impulso de la acción del Gobierno cuando aprueba una resolución en la que expresa su voluntad en relación con un tema determinado. Si bien la Constitución no la reconoce expresamente, todos los Estatutos de Autonomía sí lo hacen, poniendo de relieve la importancia que esta actividad tiene¹⁸.

Los instrumentos al servicio de esta función son prácticamente los mismos en los Reglamentos de las diecisiete asambleas autonómicas, que al efecto utilizan como modelo de referencia lo dispuesto en el Reglamento del Congreso de los Diputados. La única diferencia la hemos encontrado en el Reglamento del Parlamento de Galicia, que no contempla expresamente la celebración de “debates generales”. Por esta regulación prácticamente uniforme, consideramos que las conclusiones a las que hemos llegado sobre la utilización de estas herramientas en el Parlamento andaluz pueden ser extendidas al conjunto de los parlamentos de la nación.

Sin más dilación, veámos cuáles son estos instrumentos que permiten a los Grupos Parlamentarios formular propuestas de resolución a la Cámara:

1. Propositiones no de ley.

Se regulan en el Título Décimo del Reglamento del Parlamento de Andalucía. A través de ellas, los Grupos parlamentarios pueden formular “propuestas de resolución a la Cámara” (artículo 168)¹⁹. Se trata de una figura presente en todos los Reglamentos parlamentarios salvo el del Senado, donde son las mociones las que asumen esta función (artículo 174)²⁰.

El derogado Reglamento del Parlamento de Andalucía de 1991, en su versión original²¹, no señalaba que a través de las proposiciones no de ley se pudieran formular *propuestas de resolución a la Cámara* -que es, por otra parte, como rezaba el precepto en la redacción de 1982-, sino que hablaba de *propuestas de directrices políticas*²². Este cambio en la expresión subrayada obedeció a la intención de distinguir estas iniciativas en función de si la misma versaba o no sobre materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

Así es, a diferencia del Reglamento de 1982, el de 1991 introdujo, junto al Título Noveno, dedicado a las proposiciones no de ley, uno nuevo -el Décimo-, que llevaba por rúbrica «De las propuestas de resolución del Pleno». En éste se decía que, en materias de competencias compartidas y concurrentes, o en cuestiones que afectasen al interés específico de Andalucía, o en materias de competencia exclusiva del Estado o de la Administración Local, los Grupos Parlamentarios podrían presentar propuestas de resolución al Pleno a

47

18 Andalucía (art. 106.2º); Aragón (art. 33.1); Asturias (art. 23.1); Canarias (art. 13.c); Cantabria (art. 8.1 y 9.5); Castilla-La Mancha (art. 9.2); Castilla y León (arts. 24.2 y 34.2); Cataluña (art. 55.2); Comunidad de Madrid (arts. 9 y 16); Comunidad Valenciana (arts. 22 apdos. b y e); Extremadura (art. 16.2.h); Galicia (art. 10.1.b); Illes Balears (arts. 40.1 y 65.1); La Rioja (art. 16.1 y 19.1e); Navarra (art. 11); País Vasco (art. 25.1); Región de Murcia (art. 22). También en los Estatutos de Autonomía de Ceuta y de Melilla [art. 12.1.d)].

19 En el mismo sentido el artículo 193 del Reglamento del Congreso de los Diputados: “Los Grupos Parlamentarios podrán presentar proposiciones no de ley a través de las cuales formulen propuestas de resolución a la Cámara”. En los Reglamentos del Parlamento de Andalucía de 1982 y 1991, ya derogados, un Diputado, con la firma de otros cuatro, también podía presentar una proposición no de ley. Tras la reforma de 1995, tan solo están legitimados los Grupos Parlamentarios.

20 El Reglamento del Senado las mociones habrán de tener alguna de las finalidades contempladas en el artículo 174. En función de tal finalidad podrán ser presentadas por “una Comisión, un Grupo Parlamentario o un mínimo de diez Senadores” [las contempladas en los apartados a) y d) del artículo 174]; “por al menos, diez Senadores o un Grupo Parlamentario” [las contempladas en el apartado b) del artículo 174]; o con el apoyo de “un Grupo parlamentario, o de veinticinco Senadores en el Pleno o de diez en las Comisiones” [las contempladas en el apartado c) del mismo precepto].

21 Reglamento del Parlamento de Andalucía aprobado por el Pleno de la Cámara en la sesión celebrada durante los días 23 y 24 de abril de 1991, *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 60, de 30 de abril de 1991.

22 Artículo 158: “Los Grupos Parlamentarios o un Diputado con la firma de otros cuatro miembros de la Cámara podrán presentar proposiciones no de ley a través de las cuales podrán formular propuestas de directrices políticas a la Cámara”.

través de las cuales éste pudiera manifestar su voluntad o emitir una declaración política. Estas propuestas se tramitarían de conformidad con lo previsto para las proposiciones no de ley, subrayándose que, cuando se tratara de materias de competencia exclusiva del Estado o de la Administración Local, la propuesta de resolución sólo podría ser incluida en el orden del día con la unanimidad de todos los Grupos parlamentarios (artículo 161)²³.

Por tanto, en el Reglamento de 1991 las proposiciones no de ley propiamente dichas -las del Título Noveno- sólo podían tener por objeto una materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Si no era así, esto es, si versaban sobre una competencia compartida o concurrente, o sobre una materia exclusiva del Estado o de la Administración Local, ya no estábamos en puridad ante una proposición no de ley sino ante “una propuesta de resolución”, razón por la que, para marcar la diferencia, el artículo 158 utilizaba mejor la locución «propuestas de directrices políticas». En cualquier caso, ambas tenían por finalidad expresar la voluntad de la cámara en un asunto determinado.

La reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía de 1995²⁴ eliminó la distinción entre «proposiciones no de ley» y «propuestas de resolución del Pleno» que había establecido el legislador de 1991. Ambas quedaron unificadas bajo un mismo título – “De las proposiciones no de ley” -, tal y como había establecido el primigenio Reglamento de 1982, pero reservando al Pleno las proposiciones no de ley en relación con materias de competencia exclusiva del Estado o de la Administración Local. Se trata de la regulación vigente en el actual artículo 171²⁵.

Una peculiaridad que diferencian a la proposición no de ley del resto de los instrumentos al servicio de la función de orientación e impulso es la posibilidad de utilizar esta herramienta para que la Cámara se pronuncie sobre cualquier asunto, con independencia de la titularidad competencial de la materia. Esto es, la proposición no de ley puede versar sobre todo aquello que de alguna manera interese a la Cámara. En la práctica, lo normal es que la iniciativa tenga como destinatario al Gobierno, pero no necesariamente tiene que ser así. En la Cámara se han presentado varias sobre asuntos que no competían al Gobierno autonómico. Entre ellas, una que solicitaba al Gobierno andaluz que instase al Gobierno central para que en el más breve plazo presentase al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley por el cual se procediese a la derogación de determinados preceptos de las leyes 10 y 11/1994, de 19 de mayo (de reforma laboral) por considerarlos contrarios a los artículos 14 y 24 de la Constitución²⁶; otra relativa a los problemas surgidos para la ampliación de seis de las nuevas titulaciones en la Universidad de Cádiz²⁷; otra relativa a la anulación de las oposiciones a Policía Local de Dos Hermanas²⁸. Al respecto merece ser recordada la STC 1/2015, que resuelve un recurso de amparo contra la inadmisión de una proposición no de ley planteada por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia en la Asamblea de Madrid que había instado al Gobierno de la Comunidad Autónoma a interponer las acciones judiciales pertinentes frente a los responsables de la emisión de las preferentes de Caja Madrid durante 2009.

Este grado de versatilidad convierten a la proposición no de ley en uno de los instrumentos

23 Artículo 161. “1. En materias de competencias compartidas y concurrentes o en cuestiones que afectan al interés específico de Andalucía, los Grupos Parlamentarios podrán presentar propuestas de resolución al Pleno a través de las cuales éste manifieste su voluntad o emita una declaración política. 2. Cuando se trate materias de competencia exclusiva del Estado o de la Administración Local, las propuestas podrán ser incluidas en el orden del día si obtienen la unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios. 3. Las propuestas de resolución se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 160 para las proposiciones no de ley”.

24 Sesión plenaria celebrada durante los días 18, 19 y 20 de 1995, *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 76, de 5 de mayo de 1995.

25 Artículo 171: “Las proposiciones no de ley que planteen propuestas de resolución a la Cámara, para que ésta manifieste una determinada voluntad o emita una declaración política en relación con materias de competencia exclusiva del Estado o de la Administración local, se tramitarán ante el Pleno y sólo podrán ser incluidas en un orden del día si cuentan con el apoyo de las dos terceras partes de la Cámara o tres Grupos parlamentarios que representen la mayoría de la misma”.

26 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 30, de 15 de noviembre de 1994.

27 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 23, de 21 de octubre de 1994. Esta proposición no de ley caducó al finalizar la legislatura.

28 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 69, de 7 de abril de 1995. Esta proposición no de ley fue inadmitida a trámite.

parlamentarios más utilizados²⁹. El más empleado, con diferencia, entre los que están al servicio de la función de orientación e impulso. Para que tener una idea, hasta la IX legislatura se presentaron en el Parlamento de Andalucía (en Pleno y en Comisión) 10.119 proposiciones no de ley: 124 en la primera legislatura; 174 en la segunda; 445 en la tercera; 802 en la cuarta; 2.060 en la quinta; 1.709 en la sexta; 1.699 en la séptima; 1.863 en la octava; y 1.223 en la novena.

A la luz de las proposiciones no de ley presentadas en el Parlamento de Andalucía, podemos concluir que la mayoría tuvieron el propósito de orientar la acción del Gobierno o de la Administración autonómica, o de advertir la necesidad de corregir una decisión ya adoptada. De este tipo, entre otras, podemos recordar la que solicitó al Gobierno andaluz que interviniera ante el Gobierno central para que elaborara una legislación adecuada sobre garantías y responsabilidades en la construcción de viviendas³⁰; la que se presentó para la elaboración de una Ley de Golf en Andalucía³¹; la que propuso la creación de un Cuerpo de Policía Andaluza³²; la que propuso que la Junta de Andalucía ayudara al pueblo ruandés³³; la relativa a la creación de un fondo estatal para las víctimas del terrorismo³⁴; la que solicitó al Gobierno central una investigación sobre las irregularidades de la empresa textil Intelhorce³⁵; la que instó medidas para atender a las mujeres separadas que no perciben pensiones³⁶; la que solicitó que se remitiera al Parlamento de Andalucía una nueva Ley Agraria que derogara la de 1984³⁷; la que solicitó la gratuidad de libros de textos para familias en paro³⁸; la que instó una política integral contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) en Andalucía³⁹; o la relativa a la contribución con el 0'7% del Producto Interior Bruto (PIB) andaluz a la cooperación y desarrollo del Tercer Mundo⁴⁰.

Otras proposiciones no de ley tuvieron el claro propósito de fiscalizar una actuación o de recriminar un comportamiento. Se han presentado muchas de este tipo, entre otras, una que solicitó un mayor control del gasto público⁴¹; una que instó al Gobierno andaluz a impulsar el desarrollo sostenido del Entorno de Doñana⁴²; la que se preocupó por la acción del Gobierno andaluz ante la situación de los trabajadores de la factoría Aesa-Cádiz⁴³; dos sobre la conveniencia de comparecencias periódicas en el Parlamento del Presidente de la Junta de Andalucía⁴⁴; una que exigió el cumplimiento de la creación de puestos de trabajo en el Plan Forestal Andaluz⁴⁵; la que solicitó un dictamen al Consejo Consultivo de Andalucía en relación a la celebración de las elecciones autonómicas el día 12 de junio de 1994⁴⁶; la que denunció la contaminación

29 Así lo advertimos en un estudio primero que realizamos bajo la dirección de PORRAS NADALES, A. J., *El Parlamento de Andalucía: Claves de un proceso insitucional*, Parlamento de Andalucía, 1998, p. 204.

30 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 135, de 17 de enero de 1992. Esta proposición no de ley fue rechazada.

31 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 241, de 2 de febrero de 1993. Esta proposición no de ley fue rechazada.

32 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 148, de 3 de marzo de 1992. Esta proposición no de ley decayó al finalizar la legislatura.

33 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 8, de 12 de agosto de 1994. Esta proposición no de ley fue retirada.

34 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 23, de 21 de octubre de 1994. Esta proposición no de ley caducó.

35 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía*, núm. 69, de 7 de abril de 1995. Esta proposición no de ley fue aprobada.

36 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 158, de 3 de abril de 1992. Esta proposición no de ley fue rechazada.

37 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 201, de 18 de septiembre de 1992. Esta proposición no de ley fue rechazada.

38 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 204, de 29 de septiembre de 1992. Esta proposición no de ley fue rechazada.

39 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 209, de 16 de octubre de 1992. Esta proposición no de ley fue rechazada.

40 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 15, de 23 de septiembre de 1994. Esta proposición no de ley fue rechazada.

41 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 142, de 11 de febrero de 1992. Esta proposición no de ley fue rechazada.

42 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 223, de 1 de diciembre de 1992. Esta proposición no de ley fue aprobada.

43 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 247, de 23 de febrero de 1993. Esta proposición no de ley fue aprobada.

44 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 117, de 12 de noviembre de 1991, y *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 311, de 8 de octubre de 1993. La primera fue retirada, y la segunda calificada desfavorablemente.

45 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 7, de 2 de febrero de 1994. Esta proposición no de ley caducó.

46 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 349, de 19 de febrero de 1994. Esta proposición no de ley fue rechazada.

de alpechines⁴⁷; una que se interesó sobre la problemática en los juzgados de El Puerto de Santa María⁴⁸; una que se interesó sobre las medidas de seguridad en el Parque Nacional de Doñana⁴⁹; una que se interesó por las soluciones para la empresa Santa Motor, de Linares, Jaén⁵⁰; la que se preocupó por la situación económica de la empresa textil Intelhorce⁵¹; o la relativa a la negociación Junta de Andalucía-Gobierno de la Nación para la ejecución de autovías de interés general del Estado⁵².

Con esta intención de criticar la acción de Gobierno, la proposición no de ley se ha utilizado para reprobar la actuación de algún consejero, como si de un instrumento de exigencia de responsabilidad política se tratara. Entre estas, véase una que solicitó el cese del Portavoz del Gobierno⁵³; o las que solicitaron en 1994 el cese de la Consejera de Economía y Hacienda por la retirada de la tramitación del Proyecto de Ley de Presupuestos para 1995 por parte del Consejo de Gobierno⁵⁴.

En cuanto al ámbito territorial de las proposiciones no de ley presentadas, la mayoría han girado sobre cuestiones autonómica, esto es, que afectaban a la totalidad de la Comunidad Autónoma, aunque también las hubo sobre asuntos que competían al resto de administraciones (municipal, provincial, estatal) e incluso sobre asuntos de ámbito internacional³². Para tener una idea más aproximada sobre este aspecto, en relación con las aprobadas hemos comprobado que, en las cuatro primeras legislaturas, en la séptima y en la octava, las proposiciones no de ley de ámbito autonómico superaron el 50%. También apreciamos que tras las de ámbito autonómico, el mayor porcentaje lo encontramos en las que tratan cuestiones de ámbito local, seguidas a distancia de las de ámbito provincial o comarcal, si bien en la séptima y octava las de ámbito general superaron a las de ámbito provincial o comarcal. Nos parece también interesante constatar que en todas las legislaturas se han aprobado Proposiciones no de ley de ámbito nacional, advirtiéndose un notable incremento de estas últimas a partir de la V legislatura, llamando la atención la IX, con más del 20%.

No sorprenderá, por último, que sean los grupos de la oposición los que más proposiciones no de ley hayan presentado, siendo el Grupo Parlamentario mayoritario, que sostiene al Gobierno, el que más iniciativas de este tipo ha conseguido aprobar, por lo que, aunque *a priori* este instrumento no tiene una finalidad predeterminada, podemos afirmar que en la práctica está manifestándose como una de las herramientas de control más relevantes³³.

2. Mociones.

El artículo 157.1 del Reglamento del Parlamento de Andalucía señala que “toda interpelación podrá dar lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición”. Nos encontramos, pues, ante dos actos parlamentarios diferentes: conocida la respuesta del Ejecutivo a la interpelación formulada (instrumento de control), la Cámara podrá expresar su opinión al respecto (instrumento de impulso). Por esta razón, casi todos los Reglamentos contemplan esta herramienta en el mismo capítulo que las interpellaciones. La excepción la encontramos en los reglamentos de La Rioja, Murcia, Cataluña y Extremadura, donde aparecen junto a las Proposiciones no de ley. Los Reglamentos del País Vasco y Navarra le dedican un título propio. El Reglamento del Senado permite que las mociones no sean siempre consecuencia de una interpelación anterior. Cuando así sucede, la moción se comporta como si de una proposición no de ley se tratara, figura que por este motivo no se contempla en el Reglamento de la Cámara Alta.

47 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 239, de 26 de enero de 1993. Esta proposición no de ley fue rechazada.

48 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 244, de 12 de febrero de 1993. Esta proposición no de ley fue rechazada.

49 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 341, de 21 de enero de 1994. Esta proposición no de ley decayó al finalizar la III Legislatura.

50 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 361, de 29 de marzo de 1994. Esta proposición no de ley decayó.

51 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 11, de 26 de agosto de 1994. Esa proposición no de ley fue aprobada.

52 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 13, de 19 de septiembre de 1994. Esta proposición no de ley caducó por finalización de la IV Legislatura.

53 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 13, de 16 de septiembre de 1994. Esta proposición no de ley fue aprobada.

54 *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 42, de 27 de diciembre de 1994. Estas decayeron o fueron calificadas desfavorablemente.

En el Parlamento de Andalucía, la Mesa solo admitirá la moción si resulta congruente con la interpelación a la que sigue, por lo que la moción no podrá tener por objeto algo distinto a una cuestión de política general del Consejo de Gobierno o de alguna Consejería⁵⁵. En consecuencia, el ámbito material de la proposición no de ley es más amplio que el de la moción. En éstas no encontramos la polivalencia o versatilidad que hemos predicado de las primeras.

Al igual que hemos comentado en relación con las proposiciones no de ley, en el Parlamento de Andalucía no todas las mociones se han presentado con la misma intención: unas lo hicieron para que el Gobierno adoptara determinadas medidas o decisiones; otras, para sancionar o reprobar la gestión del ejecutivo o de alguno de sus miembros; otras, para recibir información del Gobierno, bien pidiendo la comparecencia de alguno de sus miembros, bien solicitando la remisión de algún documento. Por consiguiente, puede decirse que la moción manifiesta la repercusión que el acto de control previo -la interpelación- hubiera podido ejercer sobre el Ejecutivo, y que por ello, constituye un medio de precisión y concreción del sentido y alcance de esa influencia, que quedaría más difusa de no existir la moción⁵⁶. Recordemos al efecto que en el Reglamento del Parlamento de Andalucía la moción se configura como un instrumento parlamentario que siempre sigue a una interpelación, y que, en consecuencia, y a diferencia de las proposiciones no de ley, las mociones no podrán versar sobre un asunto que no concierna al Gobierno⁵⁷. Por tanto, no compartimos que estos dos instrumentos tengan siempre el mismo objeto (MUÑOZ ARNAU). Es cierto que ambos se presentan formulando a la Cámara propuestas de resolución, y en este sentido sí coinciden. Tanto, que antes ya hemos comentado cómo en el Senado las mociones asumen la función que en el Reglamento del Congreso se confía a la proposición no de ley, que es una herramienta que no se contempla en el Reglamento de la Cámara Alta. Pero esto no significa que ambas iniciativas podamos confundirlas, pues, tanto en los sujetos legitimados para proponerlas, como en destinatario de las mismas o el procedimiento para sustanciarlas, hay diferencias.

En caso de que la moción prospere, el Reglamento del Parlamento de Andalucía establece un mecanismo de seguimiento en el artículo 157.6: "1º. La Comisión a la que corresponda por razón de la materia controlará su cumplimiento; 2º. El Consejo de Gobierno, acabado el plazo fijado para dar cumplimiento a la moción, dará cuenta del mismo ante la Comisión correspondiente; 3º. Si el Consejo de Gobierno incumpliese la realización de la moción o no diese cuenta a la Comisión, el asunto se incluirá en el orden del día del próximo pleno"⁵⁸. En cualquier caso, al igual que las proposiciones no de ley, estamos ante un instrumento que carece de efectos jurídicos vinculantes.

Hasta el 31 de diciembre de 2015, en Andalucía se presentaron 485 mociones, de las cuales se aprobaron 189, esto es, el 38,96%. Nunca hubo una presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que siempre ha sido mayoritario en la Cámara⁵⁹. El Grupo Parlamentario Popular es el que más mociones ha presentado y aprobado, salvo en la primera y en la segunda legislatura. Por legislaturas, observamos que el número de mociones presentadas se mueve entre 54 y 73, salvo en la novena, en la que el número desciende a 35 y la IV, donde tan sólo se presentan 20, con la particularidad de que esta última legislatura tan solo duró un año y nueve meses: del 12 de junio de 1994 al 2 de marzo de 1996. En cuanto al porcentaje de la que se aprueban, la media es del 33%, a excepción de la IV, por la razón que acabamos de comentar, que se eleva

55 Arts. 155.2 y 157.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía y artículos 181.1 y 184.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

56 Cfr. J. R. MONTERO GIBERT y J. GARCIA MORILLO, J., *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 73, 74, y 85.

57 Vid. MUÑOZ ARNAU, quien subraya que las proposiciones no de ley y las mociones tienen el mismo objeto: formular propuestas de resolución; advirtiendo que no es infrecuente encontrar en el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados* proposiciones no de ley que, después de la exposición de motivos o antecedentes, y antes de formular las propuestas, terminen con la siguiente redacción: «Por todo ello el Grupo (...) del Congreso propone a la Cámara la siguiente moción» (MUÑOZ ARNAU, J. A.: "Las proposiciones no de Ley", *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, 1997, p. 390).

58 El art. 178.2 del Reglamento del Senado también prevé un procedimiento de control, aunque no con tanto detalle: "Dentro de los seis meses siguientes, el Gobierno o el órgano correspondiente deberán informar sobre el cumplimiento dado a las mismas. Dicho informe será publicado por la Cámara".

59 Salvo en la I y en la II legislatura, el Grupo Parlamentario Popular es el que más mociones ha presentado y aprobado.

hasta el 95%. Hemos de advertir que, hasta la quinta legislatura, el porcentaje de aprobación estaba en torno al 50%, mientras que a partir de la VI la ratio desciende considerablemente, situándose en torno al 20%.

Por lo que al alcance territorial al que afectaban las mociones presentadas y aprobadas en Andalucía, la práctica totalidad fueron sobre asuntos de ámbito autonómico, lo que resulta normal, dado que, en esta Comunidad Autónoma, como hemos visto, una moción siempre es consecuencia de una interpelación, y debe de girar sobre una cuestión de política general del Consejo de Gobierno o de alguna consejería. Concretamente, en la primera legislatura, 23 fueron de ámbito autonómico y 6 de ámbito local (Granada; Puerto de Santa María; Huelva; La Almoraima; Cádiz; Las Lomas); en la segunda, todas de ámbito autonómico salvo una, que afectaba al Campo de Gibraltar; en todas las demás legislaturas, las mociones fueron de ámbito autonómico.

3. Otras Resoluciones de la Cámara.

Además de las proposiciones no de ley y de las Mociones, la Cámara puede desarrollar la función de orientación e impulso aprobando resoluciones con ocasión del “Debate sobre el estado de la Comunidad Autónoma”, de “Comunicaciones”, de “Programas y Planes” del Consejo de Gobierno⁶⁰, o con motivo de la celebración de “Debates de carácter general”⁶¹. A ellos nos referimos brevemente a continuación.

El “Debate sobre el estado de la Comunidad Autónoma” y las “Comunicaciones del Consejo de Gobierno” están regulados en los Capítulos I y II del Título VII Reglamento del Parlamento de Andalucía. El primero representa en puridad una especie dentro del género, esto es, se trata de una Comunicación del Consejo de Gobierno con la especificidad de que tiene carácter anual, de que siempre tiene lugar ante el pleno, y de que en ella se valora la política general del Consejo de Gobierno a partir de un discurso de la Presidencia de la Junta sobre las acciones acometidas y sobre las que tiene intención de emprender durante ese año en el marco de su programa de gobierno. En lo demás, la regulación es prácticamente igual que las Comunicaciones a las que se refiere el Capítulo II. Hasta la fecha la Novena legislatura hubo veinte comunicaciones sobre el estado de la Comunidad: dos en la IX legislatura (2014 y 2013); dos en la VIII legislatura (2011 y 2010); tres en la VII legislatura (2007, 2006 y 2005); tres en la VI legislatura (2003, 2002 y 2001); tres en la V legislatura (1999, 1998 y 1997); una en la IV legislatura (1995); tres en la III legislatura (1993, 1992 y 1991); dos en II legislatura (1988 y 1987) y una en la I legislatura (1985).

Las “Comunicaciones del Consejo de Gobierno” pueden ser presentadas en Pleno o en Comisión, aunque todas hasta la novena legislatura fueron en Pleno. Al igual que el Debate sobre el estado de la Comunidad, las Comunicaciones generan un debate en el que los Grupos Parlamentarios pueden presentar propuestas de resolución. La práctica demuestra que en Andalucía todos los Grupos aprovechan la ocasión, siendo lo habitual que se aprueben todas o casi todas las presentadas por el Grupo parlamentario mayoritario y que se rechacen prácticamente la totalidad de las de la oposición.

Las diez Comunicaciones de este tipo que hasta la novena legislatura se presentaron fueron las siguientes: una en la VI legislatura, que giró sobre un convenio de colaboración suscrito con Extremadura para la recepción de las emisiones de televisión en aquella Comunidad Autónoma, en 2001⁶²; una en la IV legislatura, que giró sobre el sistema de financiación autonómica⁶³; cuatro en la II legislatura, que trataron

60 El Título séptimo del RPA se titula “del debate sobre el estado de la Comunidad y del examen y debate de las comunicaciones, programas y planes del consejo de gobierno”. Tiene tres capítulos: el primero sobre el “debate sobre el estado de la comunidad autónoma”; el segundo sobre “las comunicaciones del consejo de gobierno”; y el tercero sobre el “examen de los programas y planes remitidos por el consejo de gobierno”.

61 Instrumento contemplado en el Capítulo I del Título VIII Reglamento del Parlamento de Andalucía.

62 El resultado de las propuestas de resolución presentadas a la Comunicación sobre el convenio de colaboración con Extremadura fue como sigue: se aprobaron 5 de las 6 propuestas de resolución del Grupo Parlamentario Socialista, las 8 presentadas por el Grupo Parlamentario Andalucista y se rechazaron las 5 del Grupo Parlamentario Mixto, las 3 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida Los Verdes – Convocatoria por Andalucía y la única que presentó el Grupo Parlamentario Popular (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 232, de 21 de diciembre de 2001).

63 Comunicación del Consejo de Gobierno 4-95/CCG-006882, relativa al sistema de financiación autonómica. Se inadmite a trámite la propuesta de resolución del Grupo Parlamentario Coalición Andalucista (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 126 - 10/11/1995).

sobre economía⁶⁴, salud⁶⁵ y agricultura⁶⁶; y cuatro en la primera legislatura⁶⁷: una sobre un convenio de colaboración en materia de cultura con la Comunidad de Madrid⁶⁸, una sobre pesca⁶⁹, una en materia de interior (inundaciones)⁷⁰ y una sobre materia extracomunitaria, concretamente sobre las repercusiones para Andalucía de la integración en la Comunidad Económica Europea⁷¹.

En el Capítulo III del Título VII del Reglamento del Parlamento de Andalucía se regula el “examen de los Programas y Planes del Consejo de Gobierno”, que igualmente permiten que la Cámara pueda aprobar propuestas de resolución. Hasta la novena legislatura, el Consejo de Gobierno no ha remitido ningún Programa. En cuanto a los Planes, se han presentado dieciséis en Pleno y tres en Comisión. Todos los primeros fueron aprobados salvo tres, que decayeron por finalización de la legislatura. En Comisión decayó uno por la misma razón. Presentado el Plan, los Grupos Parlamentarios pueden hacer propuestas de resolución, observándose la misma dinámica la misma que hemos comprobado en las anteriores iniciativas: las del Grupo Parlamentario mayoritario (hasta entonces, el Socialista) se aprueban y se rechazan las de la oposición⁷².

Por lo que al contenido material de los Planes se refiere, fueron de ámbito autonómico los trece aprobados en Pleno: cinco fueron de carácter económico, tres sobre medio ambiente, dos sobre cultura, uno sobre ordenación del territorio, uno en relación con un plan energético, y uno sobre política social. Igualmente fueron de ámbito autonómico los dos aprobados en Comisión: uno sobre turismo y otro sobre deporte.

Por último, la Cámara también podrá aprobar resoluciones como consecuencia de “Debates de carácter general”, que se regulan en el Capítulo primero del Título VIII del Reglamento del Parlamento de

64 Comunicación del Consejo de Gobierno 2-88/CCG-003969, sobre Política Económica. Presentaron propuestas de resolución los Grupos Parlamentarios Izquierda Unida Convocatoria por Andalucía - Mixto, la Agrupación Parlamentaria Andalucista, Popular de Andalucía y Socialista (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 272 - 10/03/1989); Comunicación del Consejo de Gobierno 2-86/CCG-000518, sobre Modelo de Financiación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 20 de 4 de noviembre de 1986. La web no da noticia del *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* en el que se publican las propuestas de resolución.

65 Comunicación del Consejo de Gobierno 2-88/CCG-002604, sobre Política en materia de Salud (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 220, de 8 de julio de 1988). Presentaron propuestas de resolución: la Agrupación de Diputados de Democracia Cristiana, el Grupo Parlamentario Mixto, el Grupo Parlamentario Popular de Andalucía, la Agrupación Parlamentaria Andalucista, el Grupo Parlamentario Socialista (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 219 de 5 de julio de 1988).

66 La web del Parlamento no da noticia del *BOPA* en el que se publican la resolución aprobada por el Pleno ni las propuestas de resolución. La Comunicación del Consejo de Gobierno se publicó en el *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 101 - 03/04/1987

67 Comunicación del Consejo de Gobierno 1-85/CCG-001735, sobre el estado de la Comunidad Autónoma de Andalucía. *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 213, de 8 de abril de 1985: Resoluciones del Pleno del Parlamento de Andalucía, aprobadas en la sesión celebrada los días 26 y 27 de marzo de 1985 como consecuencia del debate relativo al estado de la Comunidad Autónoma. Se publica la resolución. No se publican las propuestas de resolución.

68 Comunicación del Consejo de Gobierno 1-84/CCG-001865, relativa a firma de un Convenio de Cooperación Cultural entre la Comunidad Autónoma de Madrid y la Junta de Andalucía: *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 174, de 13 de diciembre de 1984: sólo se publica la resolución aprobada.

69 Comunicación del Consejo de Gobierno 1-83/CCG-002254, sobre repercusiones que para Andalucía puede suponer el acuerdo pesquero entre España y Marruecos. La web solo señala que el 30 de enero de 1984 se publicaron las resoluciones aprobadas, pero no da noticia del *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía*.

70 Comunicación del Consejo de Gobierno 1-83/CCG-002205, relativa a las inundaciones habidas en Andalucía: *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 73, de 22 de diciembre de 1983: publicación de la resolución.

71 Comunicación del Consejo de Gobierno 1-82/CCG-001471, sobre la integración de España en las Comunidades Europeas y la repercusión que para Andalucía pueda suponer: *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 61, de 7 de noviembre de 1983: publicación de la resolución.

72 En todo el periodo tan sólo se aprobaron algunas del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida Los Verdes – Convocatoria por Andalucía y del Grupo Parlamentario Andalucista.

Andalucía⁷³. De ellos conoce siempre el Pleno. Se celebran “por iniciativa del Presidente o Presidenta de la Cámara o a solicitud, al menos, de dos Grupos parlamentarios o de la mayoría absoluta de los Diputados” (artículo 150.1).

En el primero caso, esto es, “cuando la iniciativa corresponda al Presidente o Presidenta, deberá responder a la existencia de varias iniciativas parlamentarias sobre un mismo asunto que aconsejen su acumulación a los efectos de su debate agrupado” (artículo 150.2). En el segundo caso, esto es, “cuando la iniciativa provenga de Grupos parlamentarios o Diputados, deberá mediar un escrito suficientemente motivado que justifique la realización de un debate de esta naturaleza en Pleno, independientemente de que existan o no previamente iniciativas parlamentarias relativas a la cuestión que se propone debatir” (artículo 150.3).

Hasta la novena legislatura, fueron aprobados 72 de los 127 debates de carácter general solicitados, lo que representa el 56,69%. Todos giraron mayoritariamente sobre temas presupuestarios y de financiación autonómica. Concretamente, desde el año 2000 (incluido), y con la única excepción de 2002, 2003 y 2004, todos los años se ha celebrado un debate general sobre la incidencia del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado en la Comunidad Autónoma; le siguen a mayor distancia los debates sobre economía, empleo, inmigración, agricultura, medio ambiente. Esto es, sobresalen los temas de cierto calado social.

Como venimos comentando, lo normal es que se aprueben las propuestas de resolución del Grupo Parlamentario mayoritario y de su socio de gobierno, cuando lo ha habido, y que la oposición vea rechazadas la mayoría de las suyas. También hemos observado que el número de propuestas de resolución de los Grupos de la oposición aumentan cuando se gobierna en minoría, como sucedió en Andalucía en la VI legislatura.

A lo largo de este trabajo hemos ido viendo que, a través de los instrumentos al servicio de la función de impulso, los Grupos Parlamentarios pueden presentar propuestas de resolución con el propósito de que la Cámara exprese su opinión en relación con comunicaciones, planes y programas del Consejo de Gobierno o de debates generales. Además de estas categorías, la web del Parlamento de Andalucía utiliza la categoría “propuestas de resolución del Pleno” como motor de búsqueda de iniciativas parlamentarias relacionadas con la actividad de impulso de la acción del Gobierno. Sin embargo, antes ya hemos advertido que sólo el Reglamento de 1991 recogía un instrumento con esta nomenclatura: se regulaban en el Título X y venían a ser una especie de proposición de ley, pero sobre materias de competencias compartidas y concurrentes que afectasen al interés específico de Andalucía, o en materias de competencia exclusiva del Estado o de la Administración Local. En el Reglamento de 1995 y en el de 2005 desaparece esta referencia. Pues bien, la base de datos de la web del Parlamento de Andalucía sólo arroja resultados en las cuatro primeras legislaturas cuando utilizamos esta categoría de búsqueda: se aprobaron 72 de las 196 propuestas de resolución de Pleno presentadas, esto es, un 37,73%. En cuanto al ámbito territorial, la mayoría plantearon tema que afectaban al conjunto de la Comunidad Autónoma.

73 Es en el Reglamento de 2005 cuando aparece por primera vez un título dedicado a estos debates.

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN A CAUSA DE LA PANDEMIA COVID EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA

María José Roca Fernández

Universidad Complutense

mjroca@der.ucm.es

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS REGLAMENTOS DE LOS LÄNDER. III. SOBRE EL DERECHO DE REUNIÓN Y EL DEBER DE USAR MASCARILLA. IV. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS CON LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. V. CUESTIONES ABIERTAS CON RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL EUROPEA. 1. ¿Referencia a la jurisprudencia del TEDH acerca del art. 11 del CEDH? 2. ¿Referencia a la jurisprudencia del TJUE acerca del art 12 de la CDFUE? VI. CONSIDERACIONES FINALES.

55

RESUMEN

El trabajo resume la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal constitucional federal alemán sobre las restricciones a los derechos de reunión y manifestación a causa de la pandemia. Se expone en qué medida estas decisiones son una continuidad con la doctrina anterior y en qué medida pueden suponer cierta mutación constitucional. Se compara la jurisprudencia alemana con la jurisprudencia constitucional española sobre estos derechos, analizando las semejanzas y diferencias entre ambas desde el punto de vista de la estructuración territorial del Estado, de que el punto de partida sea el derecho sanitario o el Derecho de excepción, así como su relación con el Derecho Europeo, especialmente el derivado del CEDH.

Palabras clave:

derecho de reunión, derecho de manifestación, limitación de derechos fundamentales, suspensión de derechos fundamentales, proporcionalidad.

ABSTRACT

RESTRICTIONS ON ASSEMBLY AND DEMONSTRATION RIGHTS DUE TO THE COVID PANDEMIC IN GERMAN JURISPRUDENCE.

The work summarizes the doctrine of the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court on the restrictions on the rights of assembly and demonstration due to the pandemic. It is exposed to what extent these decisions are a continuity with the previous doctrine and to what extent they can suppose a certain constitutional mutation. German jurisprudence is compared with Spanish constitutional jurisprudence on these rights, analyzing the similarities and differences between them from the point of view of the territorial structuring of the State, whether the starting point is health law or emergency law, as well as its relationship with European Law, especially that derived from the ECHR.

56

Key Words:

right of assembly, right to demonstrate, limitation of fundamental rights, suspension of fundamental rights, proportionality.

I. INTRODUCCIÓN.

Si las condiciones de la globalización y de la revolución digital hacen necesario repensar los fundamentos de la relación entre los valores constitucionales y el orden social¹, esta necesidad es aún más apremiante, ante la experiencia de las medidas adoptadas para proteger a la población frente a la pandemia². La reflexión conviene dirigirla tanto sobre las restricciones a los derechos fundamentales, como sobre cuestiones competenciales e incluso sobre eventuales mutaciones constitucionales. En estas páginas, trataremos de contribuir a ese debate, de mucho mayor calado y amplitud, desde estudio de la jurisprudencia alemana sobre las limitaciones de los derechos de reunión y manifestación.

Prohibición de reuniones y manifestaciones mediante reglamentos de los Länder. En el comienzo de la primavera del año 2020, prácticamente todos los Estados federados de la República Federal de Alemania restringieron severamente –así, por ejemplo, en la Ciudad-Estado de Berlín³– o prohibieron sin excepciones –así, en el Estado de Brandeburgo⁴– las reuniones para impedir el contagio del virus COVID-19, invocando el art. 28 § 1 y el art. 32 de la ley de protección contra infecciones (*Infektionsschutzgesetzes*)⁵. Aunque esta ley atribuye a los *Länder*⁶ la competencia para adoptar las medidas necesarias, se produjo también un Acuerdo entre el Gobierno Federal y los Gobiernos de los Estados sobre unas líneas directrices comunes⁷. Poco tiempo después, se establecieron prohibiciones bastante estrictas, bajo reserva de autorización, de modo que las reuniones en lugares cerrados permanecían prohibidas⁸. Las que se proyectasen en espacios abiertos, se restringieron al cumplimiento de severas condiciones; por regla general, debían limitarse a un número de participantes que osciló entre 20 y 50⁹.

Jurisprudencia de los Tribunales Administrativos. Las respuestas de los tribunales administrativos a las prohibiciones y limitaciones de las reuniones¹⁰, con motivo de la protección de la salud frente a los posibles contagios, se pueden dividir en tres fases¹¹: La primera fase se extiende aproximadamente hasta finales de

1 Vid.: F. HASE, «Corona-Krise und Verfassungsdiskurs», en *Juristen Zeitung*, 75, 2020, p. 897.

2 S. DE VRIES, «Editorial for the Impact of the Covid-19 Pandemic: Shortcomings and Strengths of the EU Legal System in Selected Policy Domains», *Utrecht Law Review*, 17(3), 2021, pp. 1-5.

3 Verordnung über Basismaßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2. Tanto el texto de este primer reglamento como todas las medidas normativas posteriores adoptadas en este *Land*, pueden consultarse en <https://www.berlin.de/corona/> [Consulta: 14-02-2023].

4 Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 in Brandenburg. Tanto el texto de este primer reglamento como todas las medidas normativas posteriores adoptadas en este *Land*, pueden consultarse en <https://corona.brandenburg.de/corona/de/verordnungen/chronologie-verordnungen/> [Consulta: 14-02-2023].

5 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG). Accesible en https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/_1.html [Consulta: 14-02-2023].

6 Deutscher Bundestag, Versammlungsfreiheit unter den Bedingungen der Corona-Pandemie. Einschränkungen aus Infektionsschutzgründen, WD 3- 3000 – 259/20, 2020 [Consulta 26-IX-2022]

7 Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Bundesländern Leitlinien zum Kampf gegen die Corona-Epidemie vom 16.03.2020 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/leitlinien-zum-kampf-gegen-die-corona-epidemie-vom-16-03-2020-1730942> [Consulta: 14-02-2023]. Deutscher Bundestag, Möglichkeiten des Infektionsschutzes bei Versammlungen, WD 3- 3000 – 092/20, 2020 [Consulta 26-09-2022].

8 Vid., por ejemplo, en el Estado de Hesse, § 1.1 Corona-Kontakt und Betriebsbeschränkungsverordnung, de 7-05-2020. En Tierra del Sarre § 2.2 Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie, de 31-03-2020. En Sajonia, § 2.1-2 Sächsische Corona-Schutz-Verordnung, de 31-03-2020.

9 B. VÖLZMANN, «Demokratie im Ausnahmezustand. Wie viel Versammlungsfreiheit gibt es in der Pandemie?», *Forum Politik und Gesellschaft*. Friedrich Ebert Stiftung, <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/16361.pdf> [Consulta 26-IX-2022]. B. VÖLZMANN, «Versammlungsfreiheit in Zeiten von Pandemien», *Die Öffentliche Verwaltung*, 2020, pp. 894-895. Sobre el límite a los participantes en reuniones, vid.: Beschluss des Ersten Senats vom 16. Mai.2020 - 1 BvQ 55/20, mediante este Auto, se rechazó la solicitud urgente de excepción al límite superior de 50 participantes para reuniones en Brandeburgo.

10 C. ARZT, «Verwaltungsgerichtlicher Schutz des Art. 8 GG in der Corona-Pandemie». Accesible en <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-unter-druck/> [Consulta: 26-09-2022].

11 I. M. LÜKE, «Einstweiliger Rechtsschutz gegen Corona-Schutzverordnungen. Eine Analyse der oberverwaltungsgerichtlichen

abril de 2020. En estos primeros momentos de la pandemia, los tribunales administrativos, casi sin excepción, permitieron a través de procedimientos de urgencia la prohibición total de las reuniones y las reservas de autorización previa. En la segunda fase (aproximadamente desde mediados de abril hasta comienzos de mayo de 2020), los tribunales empezaron a diferenciar los requisitos exigibles para una restricción del derecho fundamental a la libertad de reunión. Las limitaciones relativas al número de participantes en las reuniones, a las exigencias de distancia interpersonal y al uso de mascarilla, empezaron a ser cuestionadas; asimismo, se empezó a elaborar la relación entre el derecho de reunión y el derecho a la protección frente a infecciones. *Hasta ahora, los tribunales no han elaborado todavía una clara delimitación de los ámbitos de aplicación entre ambos. Desde el punto de vista del Derecho constitucional, esta situación, no parece aceptable.* En la tercera fase (aproximadamente desde el verano de 2020 hasta la primavera de 2021) y en el curso de la discusión del deber de vacunación, a finales de 2021 y a lo largo de 2022, se empezó a notar la influencia de la doctrina del Auto del TC federal de 17 de abril de 2020¹², en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al principio, estas estrictas prohibiciones reglamentarias –muy cuestionables desde el punto de vista del art. 19, 2 de la Ley Fundamental¹³– sometidas a la reserva de autorización fueron consideradas legítimas por los tribunales. La suspensión de la libertad de reunión, al principio fue tolerada por razones de eficiencia¹⁴. A partir del Auto del TC federal, de 17 de abril de 2020, se empezó a cuestionar la legitimidad de estas medidas. Este Auto introdujo lo que la doctrina alemana denominó “un estado de normalidad dentro de la crisis”. De este modo, las reuniones empezaron a estar permitidas. Cuanto más gravosas son las restricciones a la libertad, tanto más justificable parece, en principio, el derecho a manifestarse en contra de esas restricciones¹⁵.

Las limitaciones a los derechos de reunión y manifestación durante la pandemia, se pueden dividir en dos tipos: las manifestaciones o reuniones con otras finalidades (familiares, festivas, artísticas, religiosas, etc.) que se vieron impedidas por los reglamentos de los *Länder* (se tratan en el apartado II). Y, por otra parte, manifestaciones contra las medidas estatales adoptadas para combatir la pandemia: deber de usar mascarilla, o deber de vacunación, por ejemplo (a ellas se dedica el apartado III). Seguidamente se compara la jurisprudencia alemana con la jurisprudencia española (apartado IV), y se anotan unas reflexiones sobre las cuestiones abiertas con respecto a la jurisprudencia supranacional europea: la del TEDH acerca del art. 11 del CEDH (apartado V.1) y la del TJUE acerca del art 12 de la CDFUE (apartado V.2). Para terminar, se ofrecen unas consideraciones finales (apartado VI).

58

Rechtsprechung von März 2020 bis August 2021», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 70, 2022, pp. 609 y ss.

- 12 BVerfG, Bschl.v. 17.04.2020 – 1 BvQ 37/20. Accesible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200417_1bvq003720.html [Consulta: 14-02-2023]. Otras decisiones importantes del Tribunal Constitucional Federal relativas a restricciones de derechos con motivo de la pandemia son: Beschluss des Ersten Senats vom 27. April 2022 – 1 BvR 2649/21 (Auto sobre el certificado de vacunación) https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rs20220427_1bvr264921.html [Consulta: 14-02-2023], Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. Februar 2022 – 1BvR 1073/21 (Auto sobre limitaciones al resarcimiento económico a empresas hoteleras cadena hotelera obligada a cerrar) https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2022/02/rk20220210_1bvr107321.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [Consulta: 14-02-2023] y Beschluss des Ersten Senats vom 16. Mai.2020 - 1 BvQ 55/20, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/qk20200516_1bvq005520.html [Consulta: 14-02-2023]. Mediante este Auto, se rechazó la solicitud urgente de excepción al límite superior de 50 participantes para reuniones en Brandeburgo (*cfi: supra*, nota 7).
- 13 Art. 19. 1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, le ley debe mencionar el derecho fundamental mencionando el artículo correspondiente.
2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial (...).
- 14 L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie. Entwicklung und gerichtliche Kontrolle von März 2020 bis August 2021». *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 70, 2022, p. 552.
- 15 Cfr.: F. BRAUN / C. KELLER, «Versammlungen in Zeiten der Corona-Pandemie», *KommunalPraxis spezial* 2021, 54-58 (Ausgabe2), p. 1.

II. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS REGLAMENTOS DE LOS *LÄNDER*.

La doctrina alemana¹⁶ ha cuestionado la constitucionalidad material de las prohibiciones de reuniones con carácter preventivo. Si los reglamentos de los *Länder* se examinan a tenor de la jurisprudencia del TC federal sobre el art. 8, estas normas deberían haberse atendido a la doctrina constitucional según la cual “el ámbito de la libertad de reunión no debe ser relativizado a través de normas limitadoras arbitrarias”¹⁷. Las prescripciones de estos reglamentos afectan al ámbito de protección de la libertad de reunión garantizada en el art. 8.1 de la Ley Fundamental. El concepto de reunión designa “un grupo de dos o más personas que persiguen un fin común que las vincula”¹⁸.

Los límites al derecho de reunión solo son legítimos cuando se cumplen determinados requisitos: que estén previstos en la ley, que sean proporcionales (lo que incluye: fin legítimo, adecuación, y necesidad) y que sean oportunos. Es decir, en qué medida los reglamentos limitadores para proteger de la infección se ajustan al art. 8.1 de la Ley Fundamental, requiere un control de proporcionalidad. Según la jurisprudencia constitucional, es necesario considerar en este juicio de proporcionalidad, tanto el gran valor que tiene el derecho de reunión como la confianza que la Constitución deposita en la responsabilidad personal de los participantes en las reuniones, como un signo de la libertad, autonomía y madurez de los ciudadanos conscientes. Esta confianza en los ciudadanos es doctrina constitucional ya desde el Auto del TC, de 14 de mayo de 1985¹⁹. En consecuencia, sólo pueden considerarse constitucionales aquellas normas que respeten de modo adecuado, por un lado, el significado que el derecho de reunión tiene para la democracia y, por otro, permitan cumplir con el deber de protección de la integridad física, garantizada en el art. 2.2²⁰ de la Ley Fundamental.

En las restricciones al derecho de reunión, la protección del bien que puede llegar a restringirlo debe tratarse de “un bien jurídico elemental” (“*nur zum Schutz elementarer Rechtsgüter*”, sólo para la protección de bienes jurídicos elementales), y además la lesión de ese bien, ocasionada por el ejercicio del derecho de reunión, debe ser pronosticable a través de hechos o circunstancias reconocibles²¹.

Por lo que se refiere al *fin legítimo*, al comienzo de la pandemia la formulación de los fines adolecieron de concreción. Así por ejemplo, la intervención del Presidente de Renania del Norte-Westfalia que se expresaba en términos tales como “Se trata de la vida o la muerte”. El TC federal en el Auto de 13 de mayo de 2020²², declaró que afirmaciones generales como “la protección de la vida, de la salud, o evitar la pandemia”, podían ser consideradas fin legítimo para prohibir reuniones. Posteriormente, empezó a exigirse una formulación más concreta del fin para considerarlo legítimo. Y el fin concreto debe mencionarse en cada medida que se adopte²³. Empezaron a formularse como fines legítimos para prohibir reuniones, la garantía

16 Vid.: L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie. Entwicklung und gerichtliche Kontrolle von März 2020 bis August 2021», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 70, 2022, p. 579 y la bibliografía allí citada.

17 Vid.: L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie... op. cit. », p. 580, nota 203.

18 Vid.: H. SCHULTZE-FIELITZ, «Art. 8», en H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 3. Auflage, 2013, n. marg. 24. C. GUSY, «Art. 8», en Mangoldt / Klein / Starck, *Grundgesetz Kommentar*, Hrsg. V. Huber / Voßkuhle, Bd.1, 7. Aufl., C.H. Beck, München, 2018, n. marg. 47.

19 El Auto del TC, de 14 de mayo de 1985, conocido como el Brokdorf-Beschluss, se resuelven los recursos 1 BvR 233/81 y 1 BvR 341/81, es el pronunciamiento del TC más importante sobre el derecho de reunión hasta la pandemia. Accesible en <https://openjur.de/u/174493.html> [Consulta: 1-03-2023]. Sobre esta decisión, véase, por todos, A. DOERING-MANTEUFFEL / B. GREINER / O. LEPSIUS, *Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985. Eine Veröffentlichung aus dem Arbeitskreis für Rechtswissenschaft und Zeitgeschichte an der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2015.

20 Art. 2.2. “Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley”.

21 L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie... op. cit. », p. 580.

22 Beschluss vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20. Accesible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rk20200513_1bvr102120.html [Consulta: 19-02-2023].

23 L. L. KRAFT, «Versammlungsverbote in der Corona-Pandemie...», op. cit., p. 582, nota 223.

de que el sistema de salud y, en especial, que las unidades de cuidados intensivos no se sobrecargaran²⁴. La funcionalidad del sistema de salud fue la finalidad concreta que el legislador introdujo en Noviembre de 2020.

En lo que atañe a la *idoneidad*, la adecuación de prohibiciones preventivas de reuniones para conseguir el fin, no suscitó dudas en la jurisprudencia.

Por su parte, la escala para medir la *necesidad* varió según el conocimiento que se iba teniendo de la enfermedad, y según las circunstancias de los contagios. Así, en diciembre de 2020, la Canciller federal pidió a todos los Primeros Ministros de los *Länder* que se prohibieran todas manifestaciones y reuniones de fin de año y año nuevo, debido a la situación de sobrecarga hospitalaria. Pero aun así, esto no modificó la consideración de que la prohibición de reuniones debe ser siempre la última *ratio*, y no debe hacerse sobre la base de un reglamento. El Tribunal Administrativo Superior de Münster consideró, en el Auto de 30 de diciembre de 2020²⁵, que -a pesar de que la prohibición estaba dirigida a días muy concretos y en circunstancias concretas (las celebraciones de fin de año)-, no debía considerarse que la prohibición de reuniones era un instrumento adecuado para evitar la pandemia. En sentido contrario, el Tribunal administrativo superior de Berlín-Brandeburgo²⁶.

Por último, en el análisis acerca de la *proporcionalidad en sentido estricto* (*Angemessenheit*), debe tenerse en cuenta si las prohibiciones de reuniones con motivo de la pandemia han lesionado “la prohibición del exceso” (*Übermaßverbot*) que está inserta, según la jurisprudencia constitucional²⁷, en el derecho fundamental de reunión.

Prohibición preventiva de reuniones con reserva de autorización. Del sentido literal del art. 8.1 de la Ley Fundamental, se deriva una decisión inmanente en la propia Constitución. Este precepto excluye una prohibición preventiva de reuniones con reserva de autorización. Sin embargo, esta fue precisamente la situación que se produjo en todos los *Länder* prácticamente. Es decir, fue invertida la relación regla general /excepción. Sólo el Tribunal administrativo de Hamburgo afirmó (16 de abril de 2020)²⁸ que, por la vía de un reglamento, no se pueden introducir prohibiciones de reuniones, respetando el art. 8 de la Ley Fundamental. A partir del verano de 2020, los Gobiernos de los *Länder* cambiaron la vía reglamentaria como forma de prohibir las reuniones. Solo el Estado de Renania-Palatinado la mantuvo hasta finales de la mantuvo de 2021²⁹.

En suma, la constitucionalidad de los reglamentos que prohibieron las manifestaciones con carácter preventivo fue examinada por la jurisprudencia (administrativa y constitucional) cada vez de modo más exigente, atendiendo a que los reglamentos no tienen rango normativo, a la necesidad de que el fin de la restricción sea concreto (no genérico), y a las decisiones inmanentes al propio art. 8 de la Ley Fundamental, como son la prohibición del exceso y la confianza que la Constitución deposita en la responsabilidad de los ciudadanos.

24 M. HONG, «Die Corona-Triage und das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung als Schutzpflicht», <https://verfassungsblog.de/die-corona-triage-und-das-verbot-der-diskriminierung-wegen-der-behinderung-als-schutzpflicht/> [Consulta: 19-02-2023].

25 OVG NRW, Beschluss vom 30.12.2020 – 13 B 2017/20.NE – Versammlungsverbot Silvester. Un comentario a esta Auto puede verse en J. PRIGGE, <https://www.prigge-recht.de/ovg-nrw-beschluss-vom-30-12-2020-13-b-2017-20-ne-versammlungsverbot-silvester/> [Consulta: 19-02-2023].

26 OVG Berlin-Brandenburg, 30.04.2020-11 S 36.20 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OVG%20Berlin-Brandenburg&Datum=30.04.2020&Aktenzeichen=11%20S%2036.20> [Consulta: 19-02-2023].

27 C. GUSY, Art. 8, en Mangoldt /Klein /Starck, Grundgesetz Kommentar, Hrsg. V. Huber / Voßkuhle, Bd.1, 7. Aufl., C.H. Beck, München, 2018, n. marg. 47.

28 OVG Hamburg, Beschluss vom 16.04.2020 - 5 Bs 58/20 <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/ovg-hamburg-eilantrag-gegen-versammlungsverbot-erfolglos>. [Consulta: 19-02-2023].

29 Las sucesivas modificaciones reglamentarias para combatir la pandemia en este Estado, pueden verse en <https://corona.rlp.de/de/service/rechtsgrundlagen/> [Consulta: 19-02-2023].

III. SOBRE EL DERECHO DE REUNIÓN Y EL DEBER DE USAR MASCARILLA.

El TC federal rechazó mediante el Auto 145/20³⁰ la admisión a trámite del recurso de amparo interpuesto contra la decisión del Tribunal Administrativo Superior de Bremen³¹ que prohibía una reunión convocada por el colectivo “Querdenken421 Bremen”. El Tribunal de primera instancia había afirmado que la prohibición preventiva de una reunión era admisible cuando en una reunión muy previsiblemente no se iban a respetar las distancias de seguridad ni el deber de llevar mascarilla. El Tribunal de Administrativo Superior confirmó la decisión del de primera instancia que, a su vez, había rechazado el recurso contra el acto administrativo que prohibía la reunión. La jurisdicción administrativa ordinaria consideró que una prohibición preventiva era admisible toda vez que los solicitantes habían confirmado su posición contraria al deber de guardar la distancia de seguridad y portar mascarillas. La ponderación entre el derecho de reunión y las exigencias de la protección de la salud que hizo la jurisdicción ordinaria fue confirmada por el TC federal, considerando que la ponderación de los riesgos y la valoración de los hechos jurídicamente relevantes no eran incorrectos.³²

El derecho a la libertad de reunión tiene un significado especial en el proceso de la formación de la voluntad en una democracia. Por ello, las prohibiciones preventivas solo pueden considerarse admisibles en consideración a especiales circunstancias excepcionales. Las posibles lesiones del derecho de reunión con carácter general solo pueden ser contrarrestadas por medidas proporcionadas, no mediante prohibiciones preventivas. Esta prescripción, derivada del art. 8, 1 de la Ley Fundamental³³, rige también aun cuando haya habido reuniones en el pasado que han producido de hecho lesiones de derechos. No se permite una conclusión general de que incidentes producidos en el pasado en estos eventos se repetirán en el futuro. Por eso, ante cada prohibición de reunión, hay que preguntarse: ¿Se dan en este caso efectivamente los requisitos para la prohibición preventiva de una reunión?

La doctrina alemana ha comparado la situación de las manifestaciones durante la pandemia contra el deber de llevar mascarilla con las demostraciones de los años 60 contra la subida de precios de los tranvías en Colonia. En este caso, se consideró que el derecho de manifestación incluía la posibilidad de bloquear las vías del tranvía. ¿Por qué ahora se debería exigir a los demostrantes que -además de ejercer su derecho fundamental- cumplan con un *deber de garantía del Estado*?

Contra la opinión de Lepsius³⁴, sostienen Braun y Keller³⁵ que el incumplimiento del deber de llevar mascarilla no debe ser consideradas en el contexto de la desobediencia civil. La primacía del deber de llevar mascarilla, sobre el derecho de reunión y manifestación se deriva de que en el juicio de proporcionalidad, el fin de impedir la propagación de una enfermedad con el grave riesgo para la salud que supone y la sobrecarga para el sistema de salud y la consecuencia aparejada del problema de tener que decidir en los hospitales quién tiene prioridad al recibir un tratamiento.

Los demostrantes no tienen por qué llevar a cabo ellos mismos los deberes de protección que corresponden al Estado, pero sí tienen que contar que para que el Estado pueda cumplir sus deberes de

30 Beschluss v. 5. Dezember (1BvQ 145/20). https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/12/qk20201205_1bvq014520.html [Consulta: 19-02-2023].

31 La sentencia del Tribunal administrativo de Bremen (5 V 2748/20) fue confirmada en apelación por el Tribunal Administrativo superior de ese Estado OVG Bremen (1 B 385/20). La misma decisión de prohibir estas manifestaciones fue adoptada en las ciudades de Dresde y Fráncfort. Cfr.: W. HECKER, «Versammlungsfreiheit und Maskenpflicht» VerfBlog, 2020/12/16, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-und-maskenpflicht/>, [Consulta: 14-02-2023].

32 Ibid.

33 Art. 8 de la Ley Fundamental: 1. “Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permisos previos.

2. Para las reuniones en lugares abiertos este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley”.

34 Cfr.: O. LEPSIUS, «Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes. Eine Analyse des Beschlusses des BVerfG vom 5.5. 2021 zum Ausgangsverbot der Bundesnotbremse», *Der Staat*, 60, 2021, pp. 609-651.

35 F. BRAUN / C. KELLER, «Versammlungen in Zeiten der Corona-Pandemie», *KommunalPraxis spezial* 2021, 54-58 (Ausgabe2).

protección, ocasionalmente su derecho de reunión y manifestación puede verse limitado. No se trata de una “moralización” del ejercicio de los derechos (en este caso del derecho de reunión y manifestación), sino de tener en cuenta el deber de protección de la salud que garantiza el art. 2. 2 de la LF: “Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona”³⁶. El TC federal confirmó el pronóstico de peligro cierto que había hecho la jurisdicción ordinaria porque estas decisiones se habían basado en la experiencia de reuniones anteriores que se aportaron como indicios.³⁷

El deber de vacunación en Alemania fue impuesto de modo indirecto, en la medida en que resultaba obligatoria la presentación de un certificado de vacunación para determinadas actividades³⁸, y para desempeñar algunos trabajos. Las *manifestaciones contra el deber generalizado de vacunación* tienen la misma valoración jurídica en cuanto a la constitucionalidad o no de sus restricciones. Una de las principales manifestaciones contra la vacunación tuvo lugar en Hannover³⁹. El TC⁴⁰ declaró que era conforme a la Ley Fundamental exigir la vacunación incluso para obtener una plaza en un jardín de infancia⁴¹.

En suma, las restricciones al derecho de reunión y manifestación que se impusieron en Alemania, cuando éstas tenían como finalidad protestar contra medidas adoptadas por los poderes públicos contra la pandemia (por ejemplo, el deber de llevar mascarilla, o la obligación de vacunación) fueron consideradas constitucionales por la jurisprudencia alejándose tanto de una “moralización” de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos como de la imposición del cumplimiento de obligaciones estatales por parte de los ciudadanos. Las prohibiciones de manifestaciones se consideraron constitucionales, porque se estimó que el juicio de proporcionalidad efectuado por los tribunales fue correcto.

IV. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS CON LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

Coincidencias en el fondo entre ambas jurisdicciones constitucionales. El TC federal de Alemania, no admitió a trámite los recursos interpuestos por los convocantes de manifestaciones contra las decisiones de la jurisdicción ordinaria, no considera que se hubiera producido la lesión del derecho de manifestación alegado por los convocantes. El TC español tampoco admitió a trámite el recurso interpuesto contra la sentencia del TSJ de Galicia. El Auto denegatorio de admisión (ATC 40/2020, de 30 de abril⁴²) es tan extenso que se asemeja a una decisión denegatoria de amparo. Se puede concluir que en las decisiones estudiadas hay una amplia coincidencia en el la protección material de los derechos fundamentales.

Estado federal y autonómico. Cabe plantearse si la estructura territorial de estos dos Estados ha influido en las restricciones de los derechos de reunión y manifestación. En la República Federal de Alemania, las medidas fueron adoptadas desde el inicio de la pandemia por los *Länder*, aunque con un Acuerdo de coordinación entre ellos y el Gobierno federal (*vid. supra* apartado I). En España, las medidas restrictivas

62

36 Cfr.: W. HECKER, «Versammlungsfreiheit und Maskenpflicht». VerfBlog, 2020/12/16, <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-und-maskenpflicht/> DOI: 10.17176/20201216-173112-0 [Consulta: 19-02-2023].

37 BVerfG, 30.08.2020 – 1BvQ 94/20, n. marg. 17. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/08/qk20200830_1bvq009420.html [Consulta: 14-02-2023].

38 Masernschutzgesetz v. 10.2. 2020.

39 Anti-Impfpflicht-Demo“ wird zum Schaulaufen von Verschwörungstheoretikern <https://medwatch.de/alternativmedizin/anti-impfpflicht-demo-wird-zum-schaulaufen-von-verschwörungstheoretikern/> [Consulta: 19-02-2023].

40 BVerfG, 21.07.2022 - 1 BvR 469/20, 1 BvR 471/20, 1 BvR 470/20, 1 BvR 472/20 <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=21.07.2022&Aktenzeichen=1%20BvR%20469%2F20> [Consulta: 19-02-2023].

41 A. KIESSLING, «Masernimpflicht für Kita-Kinder», *Juristen Zeitung*, 77, 2022, pp. 896-898.

42 Para un comentario a este Auto, cfr.: M. E. CASAS BAHAMONDE, «Derecho de manifestación del sindicato y estado de alarma en la emergencia de COVID-19», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 5, 2020, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000968 [Consulta: 14-02-23]. J. SARRIÓN ESTEVE, «La protección de la salud, la vida y la integridad física en tiempos de pandemia en la doctrina constitucional. A propósito del ATC 40/2020 de 30 de abril», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 14, 2021, pp. 1026-1039.

fueron adoptadas por el Gobierno, con la declaración del Estado de alarma, y solo en la llamada “desescalada” fueron las Comunidades Autónomas las competentes para mantener, o ir suprimiendo paulatinamente, las medidas restrictivas. La declaración del Estado de alarma en España supuso una alteración de la normal distribución de competencias. La gestión de la crisis sanitaria por las Comunidades Autónomas devolvió la adopción de medidas desde el derecho de excepción al derecho sanitario⁴³.

En Alemania no se adoptaron las medidas sobre la base del derecho de excepción, sino sobre la base de las leyes sanitarias. Quizá por esto, no se planteó con tanta virulencia si las medidas adoptadas eran suspensión o una fuerte limitación de los derechos fundamentales⁴⁴. A ello hay que añadir que el derecho de libertad de circulación no se vio tan restringido en Alemania como lo fue en España, hasta el punto de que algún autor español habla de “suspensión material” de la libertad de circulación⁴⁵. Sin embargo, el hecho de que las restricciones se adoptaran mediante reglamento, sí puso en duda (tanto en la doctrina alemana como en algunos tribunales) si podía considerarse que cumplían con el requisito de estar “previstas en la ley”. En España, los Decretos de alarma son “decisiones con rango o valor de ley”⁴⁶; sólo cuando empezaron a adoptarse “reglamentos de emergencia”, se suscita esta cuestión entre otras (como su relación con la legalidad ordinaria⁴⁷). Además, por lo que se refiere a las posibilidades de control de las medidas adoptadas, también se planteó si sería competente la jurisdicción ordinaria, aunque se planteen dudas, en la medida en que se les atribuye “fuerza de ley”⁴⁸.

Ni España ni Alemania suspendieron el CEDH. En ninguno de los dos Estados objeto de la comparación se produjo la suspensión del CEDH, invocando el art. 15⁴⁹, como sí ocurrió en otros Estados miembros del Consejo de Europa⁵⁰. De los diez Estados (Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Letonia, Macedonia del

43 Cfr.: A. BOIX PALOP, «El impacto sobre la normalidad competencial de las situaciones excepcionales. Centralización y coordinación extraordinarias frente a intensificación de las técnicas cooperativas y de colaboración», *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 61, 2022.

44 Cfr.: L. COTINO HUESO, «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus: Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), pp. 88-101. C. VIDAL PRADO, «Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria ¿Hasta dónde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?» *Teoría y realidad constitucional*, n. 48, 2021, pp. 265-296. G. J. RUIZ-RICO RUIZ, «Derechos Humanos: sistema, límites y situaciones de emergencia», en J. M. Contreras Mazarío (dir.), *El impacto del COVID-19 en la libertad de conciencia y religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 183-202. En opinión de M. ARAGÓN REYES, «Covid-19: Aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 32, 2020, el encierro domiciliario decretado mediante la declaración de estado de alarma, “no constituye, en principio, una limitación de derechos, sino una auténtica suspensión (...)”.

45 Vid.: L. COTINO HUESO, «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario La Ley*, n. 9608, 2020. Accesible en <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/04/06/confinamientos-libertad-de-circulacion-y-personal-prohibicion-de-reuniones-y-actividades-y-otras-restricciones-de-derechos-por-la-pandemia-del-coronavirus> [Consulta: 1-03-2023].

46 Vid.: ATC 7/2012, F. J. 3 y STC 83/2016, F. J. 11.

47 Cfr.: I. ARAGUÀS GALCERÀ, «Potestad reglamentaria y situaciones excepcionales. Normas de necesidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 61, 2022.

48 Vid.: F. VELASCO CABALLERO, «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 86-87, 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), p. 87, “(...) no sólo el Real Decreto que declara el estado de alarma, sino también las concretas medidas que dictan ministras y ministros, tienen *fuerza de ley*, pues son tales medidas concretas las que afectan provisionalmente al ejercicio de las competencias que los Estatutos de Autonomía y las demás leyes atribuyen a las Comunidades Autónomas y las entidades locales. Y si es así, si esas medidas ministeriales tienen *fuerza de ley*, sólo el Tribunal Constitucional podría ejercer sobre ellas un control jurisdiccional”. Por lo que se refiere a los controles judiciales durante los estados de emergencia, según la Comisión de Venecia, vid.: J. M. CASTELLÀ ANDREU, «Compilación de la Comisión de Venecia de Opiniones e Informes sobre Estados de emergencia» *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 32, 2020, p. 5.

49 M. J. ROCA, «La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: Procedimiento y Control», *Revista española de derecho europeo*, n. 72, 2019, pp. 43-71 y en *Libertad y seguridad en un contexto global: retos y desafíos para los sistemas de garantía de los derechos fundamentales* / coord. por M. O. Godoy, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 113-145.

50 M. J. ROCA, «La suspensión de derechos como garantía del sistema del Convenio», en J. García Roca / R. Bustos Gisbert,

Norte, Moldavia, Rumanía, San Marino y Serbia) que hicieron uso de la suspensión prevista en el art. 15 con motivo de la pandemia, hicieron mención expresa de que entre los derechos suspendidos, se incluía el derecho de reunión y manifestación (art. 11) cinco de ellos. Tanto en Letonia⁵¹ como en la República de Moldavia, se especificaron los preceptos del CEDH suspendidos, incluyéndose el art. 11⁵². En Georgia, aunque ya desde el 26 de febrero de 2020, se habían adoptado por el Gobierno severas restricciones de derechos, es el 21 de marzo de 2020 cuando, mediante Decreto Presidencial se declaró el estado de emergencia, con aprobación parlamentaria posterior. Esta nueva situación llevó a suspender los arts. 5, 8 y 11 del CEDH y los arts. 1 y 2 del primer Protocolo al Convenio así como el art. 2 del Protocolo n° 4. En la República de Albania, el 11 de marzo de 2020 se declaró mediante orden del Ministro de Salud y Protección social el estado de epidemia. Posteriormente por Decreto-ley del Consejo de Ministros se declara el estado de desastre natural y se notifica a la Secretaría General la suspensión de determinados preceptos del CEDH (24 de marzo de 2020, durante 30 días). El 12 de mayo de 2020, la Representación Permanente de Albania ante el Consejo de Europa informó a la Secretaría General de la decisión del Gobierno de prorrogar el estado de emergencia hasta el 23 de junio de 2020. El Gobierno decidió no prorrogar el estado de emergencia en Albania, y, por tanto, cesaron las medidas adoptadas que fueron la causa de la suspensión de los arts. 8 y 11 del Convenio, así como de los arts. 1 y 2 del Protocolo y el art. 2 del Protocolo n. 4 del Convenio. De este modo que todas las disposiciones del Convenio comenzaron a ser de nuevo plenamente aplicables y así se comunicó a la Secretaría General. Macedonia del Norte, que invocó la cláusula del art. 15 con una vigencia desde el 1 de abril al 10 de junio de 2020, tampoco especificó los derechos suspendidos.

Por el contrario, los otros cinco estados que invocaron la cláusula del art. 15, no mencionaron la suspensión del art. 11. En Rumanía, se declaró el estado de emergencia de conformidad con la Constitución rumana y las leyes aplicables a los regímenes del estado de sitio y de emergencia, el 16 de marzo de 2020. Asimismo, se consideró oportuno suspender el CEDH, pero sin especificar exactamente qué preceptos del CEDH eran objeto de suspensión. Puesto que se invocó el art. 15.3, en mi opinión, ha de entenderse que la suspensión es lo más amplia que permite el precepto. El 15 de mayo la República de Rumanía comunicó a la Secretaría General que habían cesado las medidas que requerían la suspensión del Convenio. El Gobierno de la República de Estonia declaró el estado de emergencia, en todo su territorio, desde el 12 de marzo de 2020 hasta el 1 de mayo de 2020. El Gobierno estonio detalló pormenorizadamente las consecuencias que las medidas adoptadas suponían, y qué medidas se extendían a determinadas islas de su territorio pero no específico qué preceptos del CEDH quedaban suspendidos. En Armenia, el estado de emergencia se decretó el 16 de marzo de 2020, y ante la posibilidad de que alguna de las medidas adoptadas pudiera suponer el incumplimiento obligaciones derivadas del CEDH, se comunicó a la Secretaría General la suspensión, sin especificar qué medidas se adoptaban ni el incumplimiento de qué obligaciones convencionales del Estado podrían verse afectadas. De conformidad con el art. 200 de la Constitución de la República de Serbia, este Estado declaró el estado de emergencia, el 15 de marzo de 2020, y declaró la suspensión del CEDH, en virtud del art. 15, pero sin especificar qué derechos de los garantizados en el CEDH se suspendían. Por su parte, el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de San Marino, al comunicar a la Secretaría General la suspensión del CEDH, sólo especifica que se respetan los derechos que, a tenor del art. 15, 1 y 1, no pueden ser suspendidos. Asimismo, el Gobierno de la República de San Marino adoptó el Decreto-Ley n. 108 de 30 de junio de 2020 denominado “Disposiciones finales relativas a la emergencia debida a la COVID-19”. Con el mencionado Decreto-Ley, el Gobierno de la República de San Marino declaró que todas las disposiciones

(dirs.), *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2022, pp. 227-232.

51 Se declaró el estado de emergencia en todo el territorio; entre las medidas adoptadas por el gobierno letón, se suspendió la enseñanza presencial en las escuelas y el acceso de terceros a hospitales, se restringió el acceso a los centros de asistencia social y a los lugares de detención, se anularon y prohibieron todos los eventos, reuniones y concentraciones públicas de personas, asimismo, quedó restringido la circulación de personas. A juicio de las autoridades del Estado, la aplicación de estas medidas justificaba, la necesidad de suspender los arts. 8 y 11 del Convenio y el art. 2 del Protocolo al Convenio y el art. 2 del Protocolo n° 4.

52 Además de este precepto, también se suspendieron el art. 2 del primer Protocolo y art. 2 del Protocolo 4

del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales volvían a tener plena aplicación.

En nuestra opinión, sólo los Estados que suspendieron el Convenio e indicaron expresamente la suspensión del art 11 tienen claramente una posición más garantista con respecto a las eventuales demandas contra el Estado ante el TEDH. Es dudosa cual sería la posición de los Estados que habiendo invocado la suspensión del art. 15, lo hicieron de modo genérico, sin indicar que quedaban suspendidos los derechos de reunión y manifestación. En todo caso, la posición de la República Federal de Alemania y la de España con respecto al art. 11 del CEDH es la misma ya que ninguno de los dos Estados invocó la cláusula del art. 15.

V. CUESTIONES ABIERTAS CON RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL EUROPEA.

1. ¿Referencia a la jurisprudencia del TEDH acerca del art. 11 del CEDH?

Puede sorprender la ausencia de cualquier referencia a la jurisprudencia del TEDH en la jurisprudencia alemana. Hay un cuerpo de jurisprudencia importante acerca del art. 11 del CEDH⁵³. La libertad de reunión y manifestación pertenece a las libertades fundamentales que conforman la conciencia democrática⁵⁴, y está en estrecha relación con libertad de expresión. De ahí que su protección sea relevante en orden a garantizar la pluralidad dentro de la democracia⁵⁵. Sin embargo, en la jurisprudencia alemana consultada, no se menciona ninguna sentencia del TEDH. Por el contrario, en la sentencia del TSJ de Galicia 136/2020, de 28 de abril⁵⁶ se cita que el art. 11, 2 del CEDH admite la restricción del ejercicio del derecho de reunión para proteger la salud pública, y se recoge la doctrina del TEDH en el caso *Cisse contra Francia*, de 9 de abril de 2002⁵⁷, que consideró proporcionada la restricción de este derecho, por motivos de salud pública, a unos extranjeros que habían ocupado una iglesia de modo pacífico⁵⁸. Ahora bien, como señala Bilbao Ubillos⁵⁹, aunque en ambos casos se invoque la protección de la salud pública como límite del derecho de reunión y manifestación, sin embargo, los supuestos de hecho no son equiparables. En las limitaciones por la pandemia se impidieron las reuniones y manifestaciones; en cambio, en el mencionado caso contra Francia, se trataba de personas que ya habían ejercido su derecho de reunión durante un largo periodo de

65

53 Remitimos a la *Guide sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme*, puesta al día en agosto de 2022. J. M. BILBAO UBILLOS, «Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (art. 11 CEDH)», en J. García Roca / P. Santolaya, (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 3ª ed., Madrid, 2014, pp. 511-552.

54 Caso *Nalvany c. Rusia*, de 15 de Noviembre de 2018, § 98. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22fulltext%22:%5B%22Russia%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-187605%22%5D%7D> [Consulta: 19-02-2023].

55 Caso *Bączkowski y otros contra Polonia*, de 3 de mayo de 2007, § 62. <https://hudoc.echr.coe.int/appno%22:%5B%221543/06%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-80464%22%5D%7D> [Consulta: 19-02-2023].

56 Accesible en <https://app.vlex.com/#vid/844406481> [Consulta: 14-02-2023]

57 Accesible en <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60413%22%5D%7D> [Consulta: 14-02-2023]

58 C. ORTEGA CARBALLO, «Derecho de manifestación en tiempos de pandemia», *Revista Administración & Ciudadanía*, vol. 15, 2020, p. 362.

59 J. M. BILBAO UBILLOS, «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia», en P. Biglino Campos, / F. Durán Alba, *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas Fundación Giménez Abad, Zaragoza DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0013>, p. 7-8 (en nota 14). [Consulta: 19-II-2023]. El supuesto de hecho no parece comparable, ya que en el caso enjuiciado por el TEDH, se había ejercido el derecho de reunión, y sólo se limitó cuando las condiciones de salud pública lo exigieron; en cambio, en el caso sometido a la jurisdicción del TSJ de Galicia, el sindicato convocante no pudo ejercer el derecho de manifestación. Cfr.: M. A. PRESNO LINERA, «El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por covid-19», en C. Garrido López, (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza. 2021 DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0005> [Consulta: 19-II-2023].

tiempo, pero a las que después de meses se las disuelve por motivos de salubridad. Por tanto, de la concreta jurisprudencia sobre restricciones del derecho de manifestación en ambos Estados no debe concluirse que se hayan recibido en el ordenamiento español los estándares de protección fijados por el Tribunal de Estrasburgo mejor ni peor que en el alemán.

2. ¿Referencia a la jurisprudencia del TJUE acerca del art 12 de la CDFUE?

Cabe preguntarse si habría sido oportuna por parte de los TC alemán y español alguna referencia a la jurisprudencia del TJUE sobre el art 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Ciertamente, la UE en virtud del art. 4, 2, k) dispone de competencia compartida con los Estados en los “asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública”, y en virtud del art. 6, a), la Unión es competente para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar la protección y mejora de la salud humana. En ejercicio de estas competencias, se adoptó en octubre de 2020 la Recomendación⁶⁰ que en su apartado 10, establecía: “Al adoptar y aplicar restricciones a la libre circulación, los Estados miembros deben respetar los principios del Derecho de la UE, en particular la proporcionalidad y la no discriminación. El objetivo de la presente Recomendación es facilitar la aplicación de manera coordinada de dichos principios a la situación excepcional causada por la pandemia de COVID-19. Por consiguiente, los mecanismos establecidos en esta Recomendación han de estar estrictamente limitados en el ámbito y el tiempo a las restricciones adoptadas en respuesta a esta pandemia”. Ahora bien, tanto esta Recomendación como el Reglamento⁶¹ posterior que incide en el derecho a la libre circulación son posteriores a las normativas de los Estados miembros (tanto alemán como español), en las que se fundamentan las restricciones del derecho de reunión y manifestación. Por lo tanto, las restricciones al derecho de reunión y manifestación no se hicieron por parte de los Estados en aplicación del Derecho de la Unión Europea. Como establece el art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, ésta obliga a los órganos de la Unión y a los Estados miembros, en la medida en que aplican Derecho Europeo⁶². Las prohibiciones que afectaron al ejercicio del derecho de reunión y manifestación aplicaban el Derecho nacional. En el caso de Alemania, no el TC no ocupa en la jurisprudencia sobre el derecho de reunión y manifestación durante la pandemia la posición de garante de los derechos fundamentales de la Unión⁶³. En el caso de España, la Carta siempre podrá ser aplicada como criterio hermenéutico (art. 10. 2 de la CE), pero la intensidad de la obligación a la interpretación que la jurisprudencia del TJUE, para los órganos del Estado español, es menor que si se hubiera estado aplicando Derecho europeo⁶⁴.

66

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

¿Las decisiones de los Tribunales Constitucionales de Alemania y de España que consideran constitucionales las severas limitaciones del derecho de reunión y manifestación, podría decirse que han

60 Recomendación (UE) 2020/1475 del Consejo de 13 de octubre de 2020 sobre un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19 (hoy derogada), «DOUE» núm. 337, de 14 de octubre de 2020, páginas 3 a 9. Accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2020-81498> [Consulta: 14-II-2023].

61 Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19. «DOUE» núm. 211, de 15 de junio de 2021, páginas 1 a 22 (22 págs.) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80782> [Consulta: 14-II-2023].

62 H. D. JARASS, «Art. 12», *Charta der Grundrechte der Europäischen Union Kommentar*, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2021, n. marg. 7, p. 148.

63 Cfr.: M. WENDEL, «Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte», *Juristen Zeitung*, 75, 2020, pp. 157 y ss.

64 Aunque con referencia a otra cuestión, ésta es también la opinión de A. AGUILAR CALAHORRO, «La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las Directivas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 2018, p. 1006.

supuesto, de algún modo, una mutación constitucional⁶⁵? Las estrictas limitaciones a los derechos de reunión y manifestación en España han hecho que el art. 21, se ponga en relación el art. 30.4 de la CE (“Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”). Ciertamente, aquí no se configura la salud pública como un límite de los derechos de reunión y manifestación, sino como un deber constitucional⁶⁶. El entrelazamiento entre los derechos fundamentales y los deberes constitucionales, es uno de los rasgos propios del constitucionalismo de Weimar⁶⁷, puede considerarse una tendencia que han iniciado las medidas adoptadas para proteger a la población de la pandemia y que podría en el futuro marcar una tendencia en la interpretación constitucional.

Sin embargo, las medidas restrictivas de la libertad de reunión y manifestación durante la pandemia no han llegado en la doctrina ni en la jurisprudencia alemana a delimitar o distinguir el ámbito de protección de estos dos derechos cuando las reuniones son al aire libre. En la jurisprudencia y la doctrina española, tampoco han servido estas restricciones de derechos para elaborar una adecuada delimitación entre “fuerte limitación” y “suspensión” de los derechos fundamentales. Más aún, en la jurisprudencia constitucional española sigue siendo una cuestión abierta las relaciones entre los convocantes de la reunión (o los organizadores de la manifestación), las fuerzas de orden público y los participantes en la reunión o manifestación⁶⁸.

65 Cfr.: G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 2018. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n. 95, 2018, pp. 525-545. C. VIDAL, «Mutación constitucional», en E. García (ed.), *Weimar, el 'Momento democrático de los modernos' entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 y noviembre 1989*, CEPC, Madrid, 2021, pp. 153 y ss.

66 Cfr.: F. RUBIO LLORENTE, «Los deberes constitucionales», *Revista española de derecho constitucional*, n. 62, 2001, pp. 11-56. V. MORET MILLÁS, «Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el inestable binomio derechos-responsabilidades», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, n. 30, 2018, pp. 205-272.

67 Cfr.: C. SENIGAGLIA, «Hegel, die Weimarer Verfassung und die Verflechtung zwischen Rechten und Pflichten», *Der Staat*, 59, 2020, pp. 577-598.

68 Cfr.: I. TORRES MURO, *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991. J. C. GAVARA DE CARA, *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997. M. F. MASSÓ GARROTE, «El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana lo 4/2015 de 30 de marzo». *Estudios de Deusto de Derecho Público*, vol. 64/2, 2016, pp. 101-126. DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-64\(2\)-2016pp101-126](https://doi.org/10.18543/ed-64(2)-2016pp101-126) [Consulta: 14-II-2023]. M. Á. PRESNO LINERA, «El derecho de reunión», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (Ejemplar dedicado a: Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones. Tomo I. Reacciones y transformaciones en el Derecho Público / coord. por Francisco Velasco Caballero / Beatriz Gregoraci Fernández, n. extra 1, 2021 pp. 107-123.

ESCENARIOS TRAS LA PANDEMIA EN CLAVE DE GOBERNANZA*

Antonio J. Porras Nadales

Universidad de Sevilla

aporras@us.es

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DESBORDAMIENTO DE FRONTERAS. III. EL CONOCIMIENTO EXPERTO. IV. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. V. LA BÚSQUEDA DE RESPUESTAS INSTANTÁNEAS. VI. EL MARCO DE COMPLEJIDAD. VII. CONSIDERACIONES FINALES.

69

* Curso y Seminario Internacional “Escenarios y respuestas a la pandemia en el Mediterráneo”, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado, Baeza, 10 y 11 octubre 2022. Mesa “Gobernanza multinivel y cooperación política internacional durante y tras la pandemia”.

RESUMEN

El modo de respuesta a la emergencia de la pandemia ha servido para marcar algunas pautas de evolución de la democracia en el siglo XXI. Frente a la inercia histórica del pasado, plasmada en modelos de alta centralización del poder, las opciones de la gobernanza se inclinan en cambio hacia estilos que apuestan por la descentralización avanzando hacia sistemas de red con presencia participativa de la sociedad y del conocimiento experto.

Palabras clave:

Estados de emergencia, gobernanza, conocimiento experto, complejidad, instantaneidad.

ABSTRACT

SCENARIOS FOLLOWING THE PANDEMIC IN TERMS OF GOVERNANCE.

The mode of response to the emergency of the pandemic has served to set some guidelines for the evolution of democracy in the 21st century. Faced with the historical inertia of the past, embodied in models of high centralization of power, the governance options lean instead towards styles that bet on decentralization, advancing towards network systems with participatory presence of society and expert knowledge.

Key Words:

States of emergency, governance, expert knowledge, complexity, instantaneity.

I. INTRODUCCIÓN.

El impacto que la emergencia sanitaria de la pandemia ha provocado sobre los sistemas democráticos ha supuesto un trascendental test de esfuerzo, poniendo a prueba la capacidad de respuesta de las instituciones públicas, así como la eficacia de los mecanismos históricamente desarrollados en el constitucionalismo occidental para atender momentos de emergencia.

En términos generales, podría sugerirse que, en pleno siglo XXI, el impacto de toda situación excepcional sobre un Estado de Derecho se enfrenta a una dualidad de alternativas: (a) o bien se apuesta por claves constitucionales más o menos preestablecidas históricamente, incrementando la lógica vertical, jerárquica y “hobbesiana” del Estado y reforzando en clave de pura gobernabilidad a las instancias centrales de gobierno y sus instrumentos de control¹; (b) o bien se apuesta por el avance en clave horizontal o de gobernanza, reforzando los circuitos periféricos más próximos a los ciudadanos, así como los instrumentos generales de coordinación entre las distintas esferas del sistema².

Conceptualmente esa doble vía nos sitúa pues ante una clara dualidad de alternativas: un escenario que operaría en clave de gobernabilidad siguiendo una óptica jerárquica de mando supremo, al estilo militar; frente a un entorno que parece responder más bien a claves dispersas y horizontales de gobernanza.

En el *primer* caso, que se ajusta a pautas dotadas de una larga tradición histórica³, no habría grandes novedades en términos institucionales: será el gobierno central el que se encargue de reforzar todos sus instrumentos de poder, operando una centralización inmediata de los diferentes circuitos institucionales, con un riesgo inmediato de afectación de los derechos y libertades de los ciudadanos. El único problema operativo en este ámbito sería el de la duración y condiciones de los estados de excepcionalidad, que abren la vía a un ejecutivo más o menos “desbordado”. En cuanto a su desenvolvimiento operativo tampoco parece haber sorpresas: se trata normalmente de una aceleración cercana al paroxismo del uso de los Decretos-Leyes, donde se contienen normalmente unas claves argumentativas elementales consistentes en la improvisación de una rápida respuesta, seguida de la posterior detección de errores y corrección de los mismos, en una serie sucesiva e interminable.

Por el contrario, si nos situamos ante el *segundo* escenario, operando en clave de gobernanza, se nos despliega todo un entramado institucional novedoso y complejo, donde las instancias regionales y locales asumirían un protagonismo creciente, reforzando asimismo el papel de las instituciones internacionales y/o de esferas no-gubernamentales. Es decir, todo un complejo escenario de gobernanza que requerirá de esfuerzos coordinadores rápidos e inmediatos.

Abordar el impacto de la pandemia desde claves propias de los tradicionales estados excepcionales supone ciertamente una singular proyección histórica que se vuelca inevitablemente hacia el pasado: así en España hemos enfrentado una emergencia del siglo XXI mediante el uso de unos instrumentos constitucionales desarrollados en el siglo XX conforme a pautas históricas que se sitúan en unos escenarios propios del siglo XIX⁴: es decir, en un entorno de levantamientos populares liberales que debían ser reprimidos por el poder militar detentado por el “espadón” correspondiente, en el confuso ambiente de las guerras carlistas en España; o de las reiteradas amenazas guerra-civilistas que derivaban del conflicto recurrente entre el rey y el pueblo tal como se desenvuelve en Europa a lo largo del siglo XIX.

Las alternativas de operar a partir de leyes especializadas (de sanidad, protección civil, etc.) como sucede singularmente en Italia o Alemania no ofrecen un marco incremental de seguridad jurídica, y

1 G. AGAMBEN, *Estado de excepción*, Valencia, 2004, Pre-textos; G. A. DUQUE SILVA, C. DEL PRADO HIGUERA, “Agamben tiene razón: COVID 19 y estado de excepción permanente” *Bajo palabra. Revista de filosofía*, núm. 27, 2021.

2 A. PORRAS NADALES, “Caminos de gobernanza” *Política y gobernanza. Revista de investigaciones y análisis político*. Núm. 5, 2021.

3 Pues el siglo XIX es el que marca el tipo de experiencias que luego acaban por constitucionalizarse, para dar lugar a los estados excepcionales. Sobre el tema, P. CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio y la Constitución*, Madrid, 1980, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; M. BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, 1983.

4 *Ibid.*

operan igualmente mediante una centralización gubernamental de los circuitos de decisión. Sólo la singular experiencia de externalización de la gestión anti-pandemia ensayada en Francia parece ofrecer algunas originalidades.

Abordar el impacto de la pandemia desde claves de gobernanza implica, por el contrario, enfrentarse a un despliegue institucional innovador, donde se reflejaría de entrada una clara dimensión *extraterritorial*, es decir, donde las tradicionales fronteras estatales estarían dejando de ser absolutas, generándose una dinámica plural e interactiva que suele contar con el apoyo de las experiencias comparadas, del conocimiento experto, y de instituciones internacionales; contando incluso con el papel activo de la propia ciudadanía. Todo lo cual parece dibujar un escenario más amplio y difuso, aunque seguramente más adecuado para entender el tipo de evolución y de amenazas a los que se enfrentan las democracias en el siglo XXI.

La lógica de la centralización, en clave de gobernabilidad, se presenta siempre en un primer momento como una suerte de espejismo que conduce en apariencia hacia un tipo de respuestas políticas fáciles, rápidas y contundentes, siguiendo la simplificada lógica militar de la jerarquía. Aunque suscitando al mismo tiempo una sucesión de problemas e inconvenientes sobrevenidos: no ya el grave asunto de la afectación de derechos y libertades y el peligro evidente de una deriva populista-autoritaria, sino, adicionalmente, el riesgo inmediato de imputación sobre esa esfera política central de las consecuencias negativas de la pandemia, en términos de inevitable responsabilidad o de efecto “chivo-expiatorio”. Algo que sólo se ha respondido con cierta originalidad desde la experiencia de “externalización” a la francesa.

En cambio, la lógica de la gobernanza implica una dispersión de los ámbitos de responsabilidad activa, al mismo tiempo que impulsa en una dinámica participativa donde *todos* los elementos del sistema se ven directamente comprometidos en una dinámica de cooperación inmediata.

II. EL DESBORDAMIENTO DE FRONTERAS.

La perspectiva de la gobernanza implicaría en primer lugar un escenario donde las fronteras territoriales tienen a hacerse difusas: tanto en su proyección interior, hacia la esfera regional o local, como en su proyección exterior, donde la aparición de instancias internacionales, la dinámica del comparatismo y la “copia” o imitación de experiencias ajenas se convierten en un recurso inmediato.

El fenómeno de desbordamiento de fronteras ha tenido una incidencia especial cuando se trata de hacer frente a una pandemia donde por definición los agentes patógenos se expanden en una dimensión planetaria y descontrolada. Y ello a pesar de que, en su momento originario, desde los Estados se haya ensayado el más primitivo y elemental instrumento de respuesta: el cierre de las fronteras. Una estrategia puramente estatista que opera sobre el primero de los elementos definitorios del Estado, las fronteras territoriales, y que al final se ha demostrado fracasada, porque no ha impedido que las oleadas pandémicas se frenaran ante las tradicionales fronteras territoriales de los Estados. El universo globalizado contemporáneo no parece ya capaz de resucitar la lógica de las viejas o históricas fronteras territoriales estatales.

Pero tal dinámica de reforzamiento de fronteras ha fracasado igualmente en su proyección interna, ya que el establecimiento de límites a la movilidad interterritorial mediante aislamientos selectivos de población en la escala regional o local no ha operado como una variable significativa de freno a la pandemia.

Es cierto que las instancias internacionales han tenido un protagonismo tenue y algo retrasado en el tiempo; es decir, no han constituido la primera trinchera activa frente a la emergencia global. Sin embargo, se han configurado como esferas de amortiguación capaces de complementar la labor de los propios Estados: tanto la OMS con la propia Unión Europea han reforzado las respuestas sanitarias apoyando la creación de vacunas o diseñando estrategias de amortiguación de las nefastas consecuencias económicas de la pandemia. La existencia de espacios supranacionales de referencia opera pues como un circuito que tiende a homogeneizar tendencias en cuanto al tipo de respuestas que deben darse frente a las emergencias globales.

Mayor relevancia reviste acaso la implantación acelerada de una dinámica comparatista, centrada en el conocimiento de lo que se hace en otros países; es decir, copiando o reproduciendo experiencias ajenas, en un proceso de aprendizaje instantáneo y globalizado. Un fenómeno que a medio plazo genera igualmente una tendencia difusa hacia la homogeneización de las pautas de respuesta global a la pandemia.

III. EL CONOCIMIENTO EXPERTO.

Una dimensión peculiar del fenómeno de desbordamiento de fronteras residiría, siguiendo una lógica de gobernanza, en la incorporación a los procesos de decisión pública del conocimiento experto. Porque se trata de una variable que opera también desde una perspectiva transnacional y globalizadora, ya que el conocimiento de las claves científicas y las propias variables médicas con que se despliega el tratamiento frente a la pandemia son prácticamente similares en cualquier parte del planeta.

De ahí que tienda a suscitarse de inmediato una paralela homogeneidad de respuestas. O sea, la pluralidad de opciones o estrategias sanitarias que cada país puede adoptar desde su propia posición de independencia se ve enfrentada desde un primer momento a una tendencia de homogeneización que emana del conocimiento experto, el cual sirve como instrumento de apoyo a las esferas públicas comprometidas. El confinamiento, las cuarentenas, el uso de instrumentos preventivos ante el contagio y otras medidas complementarias han sido los mecanismos cotidianos en cualquier país o territorio, más allá de las fronteras; junto a la posterior introducción masiva de las vacunas.

Naturalmente el modo como se ha producido en cada caso la incorporación del conocimiento experto presenta numerosas variaciones: en teoría, debería tratarse de expertos independientes que se incorporan a determinados *Comités* cuya composición debe ser pública y transparente. Aunque en la práctica, las claves de independencia y transparencia han sido más variables, dependiendo del diferente grado de eficiencia institucional de cada país o de cada región.

IV. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Un segundo elemento de apoyo a las decisiones públicas que ha tenido un desarrollo espectacular durante la experiencia de la pandemia ha sido el uso sistemático de las nuevas tecnologías; no sólo como instrumento de interconexión entre distintas esferas institucionales, o de comunicación con la ciudadanía, sino como un mecanismo de apoyo indirecto a los confinamientos, permitiendo la generalización del teletrabajo.

Se trata en este caso de un recurso que, afortunadamente estaba ya plenamente disponible, experimentando un desarrollo adicional explosivo que ha venido a amortiguar la sensación de dependencia y menesterosidad ciudadana que se deducía de un entorno sociovitual caracterizado por los confinamientos masivos. De este modo, el previsible escenario de debilidad o precariedad estructural que afectaba a toda una ciudadanía masivamente confinada ha conseguido amortiguarse gracias a las tecnologías de la comunicación que han permitido abrir ventanas al exterior de forma individual e inmediata.

Lógicamente debe entenderse que esta intensificación de los nexos comunicativos apoyada en las nuevas tecnologías tiene mayor sentido e incidencia en un escenario de gobernanza, donde la proyección horizontal de las esferas institucionales requiere un reforzamiento de los instrumentos coordinadores. Las nuevas tecnologías se han comportado pues como auténticos “nervios del gobierno” en el primitivo sentido de K. W. Deutsh⁵ permitiendo el funcionamiento de una dinámica democrática en un entorno de precariedad ciudadana.

V. A LA BÚSQUEDA DE RESPUESTAS INSTANTÁNEAS.

Un marco de gobernanza parece suscitar de entrada un escenario problemático donde la pluralidad de actores y sujetos comprometidos exige largos y complejos procesos de diálogo y consenso, imponiendo una inevitable ralentización de los procesos de toma de decisión⁶. Frente a la rapidez o inmediatez que se supone

5 K. W. DEUTSH, *Los nervios del Gobierno*, Buenos Aires, 1969, Paidós.

6 J. SUBIRATS, B. DENTE, *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Barcelona, Ariel, 2014.

en un entorno de fuerte centralización, la dinámica horizontal y compleja de la gobernanza parece imponer por el contrario un tempo más lento en los procesos de acción pública.

Pero en una circunstancia excepcional de emergencia global sobrevenida, donde las demandas ciudadanas se vuelven urgentes y acuciantes, las respuestas lentas resultan simplemente inaceptables. Lo que significa que la dinámica de la gobernanza se ha visto enfrentada a una exigencia nueva y sobrevenida: la búsqueda de claves de celeridad en la capacidad de respuesta pública a las demandas o exigencias de la sociedad.

Nuevamente aquí el uso de las nuevas tecnologías se ha convertido en un factor fundamental: primero porque la propia cultura contemporánea, vinculada al uso masivo de las nuevas tecnologías, parece inducir hacia al apogeo de la instantaneidad como forma de respuesta automatizada con carácter general; segundo, porque en un entorno de grave emergencia sanitaria no hay lugar para largos procesos deliberativos que supongan dilaciones en el tiempo. En consecuencia, el uso generalizado de las nuevas tecnologías se configura como un instrumento de apoyo al servicio de una voluntad de acción integrada que ahora debe comportarse de forma rápida e inmediata.

En este caso las nuevas tecnologías habrían actuado al servicio de una voluntad institucional de celeridad en las respuestas, intensificando los procesos de acercamiento, diálogo y deliberación entre esferas institucionales situadas en diferente escala, siguiendo la lógica de una gobernanza multinivel.

VI. EL MARCO DE COMPLEJIDAD.

Una dinámica de desbordamiento de fronteras interiores y de paralelo reforzamiento de las esferas regionales o locales implica ciertamente adentrarse en un entorno de complejidad, que se enfrentaría a la aparente simplicidad de los instrumentos alternativos de centralización jerárquica del poder. Y esa complejidad tendrá que procesarse ahora en un entorno de gobernanza, donde predominan las estrategias instrumentales inspiradas en el *soft law*. Es decir, frente a la tendencia a la aceleración de los instrumentos centrales de producción normativa propios de la estrategia de la gobernabilidad (donde el uso de los Decretos-leyes o instrumentos similares parece llegar a su paroxismo, en una celeridad que con frecuencia esconde puras improvisaciones y errores) la alternativa de la gobernanza impondría alternativamente la puesta en marcha de instrumentos flexibles de ajuste mutuo, así como de mecanismos de comunicación directa con la ciudadanía.

La dinámica de la gobernanza entendida como espacio capaz de procesar la complejidad institucional requiere pues de un instrumental jurídico que no se corresponde con la simplicidad jerárquica de los tradicionales sistemas de fuentes propios de la gobernabilidad. De ahí que inicialmente se apueste por la generación de un tipo de derecho flexible, dúctil, o *soft law*, como el instrumental más adecuado⁷.

Pero esta dinámica de desbordamiento de las fronteras interiores sería al mismo tiempo un simple preludeo del avance hacia una dinámica multinivel, donde más allá de la escala estatal aparecen las propias esferas internacionales que se convierten en el escenario idóneo para un diálogo de carácter cosmopolita, donde la información debe fluir ahora de forma acelerada permitiendo un conocimiento inmediato de experiencias e innovaciones y una interacción constructiva entre esferas institucionales colocadas en distinto nivel.

VII. CONSIDERACIONES FINALES.

Planteaban algunos historiadores⁸ la interrogante de si la gran epidemia de la peste bubónica que asoló Europa en el siglo XIV habría supuesto en aquella lejana época una singular mutación en el sistema de valores colectivo propio del medievo, imponiendo una revitalización del valor “igualdad” ante el sencillo

7 G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, 2005, Trotta.

8 D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, *El Pasillo estrecho, Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*, Deusto, 2021.

hecho de que la muerte nos acaba haciendo a todos iguales: lo que explicaría en parte la secuencia histórica que siguió posteriormente el continente europeo tras aquellos difíciles acontecimientos, con el avance hacia el Renacimiento.

Trasladando la cuestión a escala contemporánea y en un contexto de complejidad incremental, cabría entonces preguntarse si el impacto de la pandemia ha suscitado igualmente en pleno siglo XXI una emergente mutación del sistema de valores vigente; o al menos, la hipótesis de si los marcos institucionales preestablecidos han resultado ser o no suficientes para la defensa de las democracias ante contextos de grave amenaza mundial, suscitando en consecuencia algunas pautas de aprendizaje para la evolución de los sistemas democráticos en el siglo XXI.

En este contexto parece constatable que la pandemia nos ha hecho a todos, de forma similar y globalizada, más o menos vulnerables; hemos incrementado el margen de menesterosidad y dependencia de las esferas públicas, y hemos tenido que desarrollar mecanismos de autodisciplina colectiva en el contexto de los confinamientos y las medidas preventivas de los contagios.

Pero las respuestas a tales desafíos excepcionales han permitido igualmente la gestación de diferentes modelos comparados de dimensión regional en base a la homogeneidad de problemas y al tipo común de respuestas. Porque en el modo de responder a tales desafíos se perciben resultados diferentes entre contextos culturales regionales distintos. Parece significativo, por ejemplo, que los confinamientos se hayan vivido en el contexto mediterráneo de una forma relativamente laxa o flexible, más o menos adecuada al fin y al cabo a un entorno cultural abierto y comunicativo, habituado a su proyección hacia la vida en el exterior o en la calle; un estilo perfectamente alejado del rigor que han tenido los confinamientos en otros espacios como China o Hong Kong, donde la amenaza autoritaria ha pesado como una losa sobre la vida cotidiana de la sociedad, resucitando la siniestra sombra del viejo Hobbes.

El modo de respuesta a las emergencias configuraría pues una pluralidad de alternativas que, en pleno siglo XXI, parecen preludiar distintas pautas de evolución histórica de las democracias: el modo tradicional, centralizador o vertical, que desencadena amenazas difusas de deriva populista-autoritaria; frente al modo horizontal, inspirado en la lógica de la gobernanza, que implica una apertura de todos los circuitos institucionales en una dinámica de cooperación más horizontal e interactiva caracterizada por una mayor proximidad a la ciudadanía.

Debe entenderse pues que los momentos de emergencia global sobrevenida se configuran no sólo como etapas de grave riesgo colectivo para la humanidad sino, al mismo tiempo, como momentos históricos decisivos que pueden empujar hacia un proceso de aprendizaje institucional acelerado, donde las esferas públicas sean capaces de desplegar todo un panorama innovador de respuestas que no siempre tienen por qué ajustarse a las pautas tradicionalmente preestablecidas en el derecho constitucional.

La impronta decimonónica de los tradicionales “estados excepcionales”⁹ imponiendo amenazantes circuitos de poder centralizado que vienen a precarizar el sistema de derechos y libertades, tendría en el siglo XXI su réplica alternativa en la dinámica de la gobernanza: una dinámica que supondría la presencia interactiva de diferentes esferas institucionales, así como una clara aceleración de los nexos de comunicación y cooperación entre las instituciones y la propia ciudadanía. Estaríamos así ante una original pauta histórica propia del siglo XXI, que parece abrir nuevas vías alternativas al desarrollo democrático contemporáneo.

9 Que ha sido destacada por P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, y BALLBÉ *cit.*

NOTAS

ESTADO DE ALARMA, ELECCIONES Y DERECHO DE SUFRAGIO

Alberto Anguita Susi

Universidad de Jaén

aanguita@ujaen.es

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO DE ALARMA Y PROCESOS ELECTORALES AUTONÓMICOS. III. LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO COLECTIVO E INDIVIDUAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO. IV. LA AFECTACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO. V. ALGUNAS REFLEXIONES.

77

RESUMEN

La declaración de un estado de alarma no debe suponer, pese a las circunstancias, un obstáculo insalvable para el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Máxime cuando se trata del derecho a participar en los asuntos públicos mediante representantes elegidos libremente en elecciones periódicas por sufragio universal, como demanda el art. 23.1 de la Constitución española.

En lugar de jerarquizar o priorizar el ejercicio de un derecho frente a otro, se hace necesario adoptar medidas proporcionadas que permitan conjugar la ineludible protección de la vida e integridad física en una situación de pandemia, con el necesario ejercicio de los derechos de participación política, que constituyen la base de cualquier sistema democrático.

Palabras clave:

Estado de alarma, pandemia, elecciones democráticas, participación política, derecho de sufragio.

ABSTRACT

STATE OF ALARM, ELECTIONS AND RIGHT TO VOTE.

The declaration of a state of alarm should not suppose, despite the circumstances, an insurmountable obstacle to the exercise of fundamental rights and public liberties. Especially when it comes to the right to participate in public affairs through freely chosen representatives in periodic elections by universal suffrage, as required by art. 23.1 of Spanish Constitution.

Instead of prioritizing or prioritizing the exercise of one right over another, it is necessary to adopt proportionate measures that make it possible to combine the unavoidable protection of life and physical integrity in a pandemic situation, with the necessary exercise of the rights of political participation, that form the basis of any democratic system.

Key Words:

State of alarm, pandemic, democratic elections, political participation, right to vote.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde que en marzo de 2020 se declaró el estado de alarma en España, debido a la pandemia, se han multiplicado los debates y reflexiones en torno a la naturaleza y viabilidad de esta figura¹ y, sobre todo, a las restricciones que afectan al normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente consagrados.

El Estado de alarma resultaría, *prima facie*, el instrumento adecuado para hacer frente a una situación de pandemia como la padecida. Cuestión distinta es que la práctica haya venido a poner de relieve su ineficacia o inoperancia, no sólo por las especiales e imprevisibles circunstancias, sino también por las medidas normativas adoptadas y su incidencia en el ejercicio de los derechos y libertades.

En este sentido, la STC 148/2021, de 14 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el RD 463/2020, de 14 de marzo, intentó, con poco atino jurídico, delimitar la diferencia entre suspensión y limitación de un derecho, llegando a reconocer que en la práctica se produjo una auténtica suspensión del ejercicio y las garantías de los derechos invocados.

Dicha suspensión se produjo por la existencia de un inevitable conflicto entre distintos bienes jurídicos que había que preservar en ese momento. Sin embargo, lo que no es de recibo es resolver esta colisión utilizando un criterio jerárquico, en virtud del cual el denominado “derecho a la salud” prevalece, como regla general, sobre el resto.

En lugar de priorizar un derecho en detrimento de otro, debió procurarse, en la medida de lo posible, la práctica de todos los intereses en juego a fin de preservar tanto el derecho a la vida e integridad física como el resto de derechos implicados, entre los cuales ocupa un lugar destacado el derecho a la participación política, de vital importancia en un Estado democrático.

II. ESTADO DE ALARMA Y PROCESOS ELECTORALES AUTONÓMICOS.

Como es sabido, la democracia se fundamenta en la renovación periódica de los representantes por voluntad de sus representados mediante la celebración de elecciones de forma regular, al objeto de satisfacer el pleno ejercicio de los derechos de participación política (STC 67/1987).

Según la jurisprudencia constitucional (por todas SSTC 93/1999 y 48/2000), el proceso electoral está constituido por una serie de trámites que deben desarrollarse dentro de unos plazos sucesivos e interconectados que dotan de coherencia y unidad al mismo.

Pero la dinámica de la periodicidad electoral puede verse alterada durante la vigencia de los estados excepcionales, tal y como prevé el art. 116.5 CE, en virtud del cual “no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en este artículo”. Este precepto evidencia la inescindible simbiosis entre la capacidad de disolver la cámara legislativa y la convocatoria de elecciones, de tal forma que la segunda no es más que una consecuencia lógica de la primera, no una potestad autónoma en manos del gobierno de turno.

Ni la Constitución ni las leyes que la desarrollan, señaladamente la LOREG², han previsto la

1 Vid. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, “Estado de Alarma o de excepción”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, pp. 1-20. Además de las aportaciones doctrinales debe destacarse también la posición mantenida por algunas Instituciones como el Consejo de Estado (Dictamen 615/2020, de 25 de octubre, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2) o el Defensor del Pueblo (Resolución de 3 de septiembre de 2020, en relación con las solicitudes de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y sus prórrogas).

En el ámbito europeo, destacan dos informes de la Comisión de Venecia: “Opiniones e Informes sobre los estados de emergencia”, de 16 de abril de 2020; e “Informe provisional sobre las medidas adoptadas en los Estados miembros de la Unión Europea como resultado de la crisis del Covid-19 y su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, de 8 y 9 de octubre de 2020.

2 El art. 84.2 prevé la suspensión del acto de la votación por causas de fuerza mayor bajo la responsabilidad de presidencia

posibilidad de suspender un proceso electoral en marcha, cuya trascendencia está por encima de cualquier circunstancia que lo impida o dificulte. Es más, “la ausencia de previsión sobre la posibilidad de suspensión de un proceso electoral una vez convocado no es una laguna legal, no es un olvido del legislador, sino una exclusión consciente, por ser una hipótesis incompatible con la finalidad de la regulación del proceso electoral”³.

Llegados a este punto convendría hacer referencia a la práctica surgida de los procesos electorales *interrumpidos* (anulados) en País Vasco y Galicia, por los Decretos 7/2020 y 45/2020, respectivamente, y *aplazado* en Cataluña⁴, por el Decreto 1/2021, del Vicepresidente de la Generalitat.

Respecto a los primeros, llama la atención la terminología empleada por los respectivos decretos aprobados por ambos gobiernos autonómicos, en los que se hablaba de “dejar sin efecto la celebración de las elecciones”. Esta fórmula “no deja claro cuál es el contenido de la decisión: ¿una “suspensión” del proceso electoral -que se reanuda, cuando se diesen las condiciones adecuadas, en el momento del *íter* en que se había paralizado- o una “anulación” del proceso electoral, en toda su integridad, debiendo procederse, en su momento, a una nueva convocatoria de las elecciones”⁵.

Las Juntas Electorales del País Vasco y de Galicia entendieron que esta expresión (“dejar sin efecto”) equivalía a poner fin al procedimiento de forma íntegra, debiendo procederse a una nueva convocatoria desde el inicio, no siendo posible suspender el proceso para retomarlo posteriormente.

Llegados a este punto cabría preguntarse por el posible papel, en este ámbito, de las Juntas electorales.

de la Mesa electoral afectada, que decidirá la posposición o aplazamiento de la votación. Así sucedió con motivo de unas fuertes nevadas que afectó a los ciudadanos de varios municipios y que fue resuelta por el Acuerdo 57/1979, de 1 de marzo, de la Junta Electoral Central.

3 Vid. A. LÓPEZ BASAGUREN, “Sobre elecciones en tiempo de pandemia: a propósito de la suspensión de las elecciones en Euskadi y Galicia y de la anulación de la suspensión de las elecciones en Cataluña”, *Revista del Parlamento Vasco*, n° 2, 2021, pp. 141 y 142. En un razonamiento complementario, la Sentencia del Tribunal de Superior de Justicia de Cataluña, de 21 de febrero de 2021, sobre la que luego volveremos, señalaba que la falta de previsión legal “es expresión de la voluntad de que los procesos electorales se desarrollen necesariamente en el tiempo predeterminado legalmente, sin interrupciones ni dilaciones (p. 13); y E. CEBRIÁN ZAZURCA, “Pandemia y elecciones. El derecho de sufragio en España bajo las circunstancias excepcionales ocasionadas por la Covid-19”, en C. Garrido López (Coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 14.

4 En el primer caso existía una causa de fuerza mayor que de manera sobrevenida e imprevisible generó una serie de dificultades para la celebración de unas elecciones adelantadas debido a la disolución anticipada de las Cortes Generales. En el caso de Cataluña, en cambio, se trataba de una convocatoria reglada y ya existían las restricciones decretadas con motivo del estado de alarma, lo que hacía recomendable la celebración de dichos comicios dentro de los plazos legalmente previstos. Sobre este tema: A. SÁNCHEZ NAVARRO, “Emergencia sanitaria y suspensión de elecciones”, en AA.VV., *COViD-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Complutense de Madrid, México, 2020, p. 335. BAYONA ROCAMORA, por su parte, habla de una desconvocatoria electoral (“¿Desconvocatoria o aplazamiento electoral en Catalunya?”, *ElDiario.es*, de 19 de enero de 2021). En relación a la celebración de las elecciones en Cataluña pueden consultarse el Informe del El Síndic de Greuges, sobre “La garantía del dret de sufragi actiu en les eleccions al Parlament de febrer de 2021 en el marc de l’actual pandèmia”, de noviembre de 2020) y de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña (Dictamen 214/2020, de 17 de septiembre, relativo a la consulta sobre el derecho de voto de los catalanes y las catalanas en situación de pandemia). A nivel europeo pueden verse los dos Informes de la Comisión de Venecia citados en la nota a pie n° 1, en los que se aborda el tema de la celebración de elecciones durante la pandemia en los distintos Estados miembros (pp. 30 a 35 y 28 a 34, respectivamente). En apretada síntesis, la Comisión viene a decir que no existe una regla formal de Derecho Internacional que impida a los Estados celebrar elecciones en situaciones de emergencia, de tal forma que en los procesos electorales celebrados en estas circunstancias podrían permitirse modalidades especiales de voto, siempre que no alteren los elementos básicos que definen el derecho de sufragio.

5 Vid. A. LÓPEZ BASAGUREN, “Sobre elecciones en tiempo de pandemia: a propósito de la suspensión de las elecciones en Euskadi y Galicia y de la anulación de la suspensión de las elecciones en Cataluña”, op. cit., p. 145. Otros autores, como RIQUELME VÁZQUEZ, consideran que con esa expresión “se describe, en principio, una cancelación del proceso electoral previamente iniciado, cancelación que no debe ser confundida con la suspensión que se produce cuando ya ha transcurrido una serie de fases, pero quedan pendientes otras” (“Elecciones en tiempos de pandemia: la experiencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y del País Vasco”, en A.I. Dueñas Castrillo y otros (Coords.), *La Constitución en tiempo de pandemia*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 137.

En principio, cabría sostener que quien convoca las elecciones podría también desconvocarlas, siempre que exista un título jurídico para ello y no interfieran intereses electoralistas⁶. Si asumimos que se trata de una decisión política que debe corresponder al gobierno de turno, entonces “el papel desempeñado por las Juntas Electorales ha sido el correcto, en tanto que se ha mantenido dentro de los límites marcados por sus competencias en el ámbito de garantía del ejercicio de libertades públicas durante el proceso electoral, así como de consulta”⁷.

Las Juntas electorales se limitan a garantizar la transparencia, objetividad, legalidad e igualdad del proceso electoral, pero no les compete la facultad de interrumpir o suspender una convocatoria electoral. Es cierto que estos organismos, dado su posición independiente y supra partes, deben velar por el proceso electoral, pero también lo es que pronunciarse sobre la anulación o aplazamiento de un proceso electoral iría más allá de su función garantista, sobre todo porque este tipo de decisiones posee un evidente contenido político incompatible con un órgano administrativo, sometido en exclusiva al principio de legalidad.

Pero volviendo a los efectos de los decretos mencionados, debemos concluir señalando que la anulación o el aplazamiento de unas elecciones implica prorrogar un gobierno en funciones y un parlamento disuelto, con la consiguiente afectación a la propia dinámica de la forma de gobierno parlamentaria, dado que se estaría otorgando a un gobierno provisional la potestad de volver a convocar unas elecciones sin la correspondiente disolución de la cámara legislativa⁸.

III. LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO COLECTIVO E INDIVIDUAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO ACTIVO.

Las medidas restrictivas sobre la libertad de movimiento (confinamiento y cuarentenas) adoptadas durante el estado de alarma no sólo tienen un efecto colateral sobre la periodicidad de la convocatoria electoral (aspecto organizativo o institucional), ya analizada, sino también sobre el ejercicio colectivo e individualizado del sufragio (aspecto dogmático o subjetivo).

La decisión de aplazar las elecciones por parte del Gobierno catalán fue objeto de dos recursos contenciosos-administrativos ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el cual optó en sendos Autos por el mantenimiento cautelar de la convocatoria electoral, al objeto de preservar el derecho de participación política.

El FJ 2 del Auto TSJC, de 19 de enero de 2021, argumentaba que en el proceso electoral “se van sucediendo diferentes plazos, cortos y perentorios, los cuales afectan a los diferentes aspectos de las elecciones (...), siendo muchos de ellos consecutivos o sucesivos, en tanto que la finalización de un plazo abre otro posterior (...) de manera que la paralización del proceso, aunque sea unos pocos días, impide la

6 En sentido contrario SÁNCHEZ MUÑOZ considera que los gobiernos dan “por sentado que de la competencia para convocar se deriva la competencia para dejar sin efecto los convocados, una asunción que contradice la más elemental intuición democrática” (“El derecho de sufragio en tiempos de pandemia”, en P. Biglinio Campos y F. Durán Alba (Coords.), *Los efectos horizontales de la Covid sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 10). En la misma línea P. RIQUELME VAZQUEZ, “Elecciones en tiempo de pandemia: la experiencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y del País Vasco”, op. cit., pp. 141 y 142.

7 Vid. E. CEBRIÁN ZAZURCA, “Covid-19 y anulación de procesos electorales autonómicos en País Vasco y Galicia”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 33, 2020, p. 21; J. BARRAT ESTEVE, “¿Pueden cancelarse unas elecciones?”, *Revista de Derecho*, Vol. 21, 2020, p. 56; y C. VIDAL PRADO, “La celebración de elecciones: una solución controvertida”, en M.A. Recuerda Girela (Coord.), *Antes de la próxima pandemia*, Aranzadi, Madrid, 2020, p. 215.

8 Como señala acertadamente LÓPEZ BASAGUREN: “los presidentes del País Vasco y Galicia no podían proceder a suspender, de forma autónoma, las elecciones cuya convocatoria realizaron como consecuencia de su decisión de disolver anticipadamente la Cámara, sin suspender, al mismo tiempo, la disolución anticipada de la Cámara (...) hacerlo así tuvo como consecuencia que durante más de cinco meses el sistema institucional de una y otra Comunidad Autónoma funcionó con un Gobierno en plenitud de funciones y un Parlamento limitado” (“Sobre elecciones en tiempo de pandemia: a propósito de la suspensión de las elecciones en Euskadi y Galicia y de la anulación de la suspensión de las elecciones en Cataluña”, op. cit. p. 155).

posibilidad de celebrar elecciones o, al menos, de celebrarlas con todas las garantías”⁹.

Unos días después se dictó el Auto del TSJC, de 22 de enero de 2021, cuyo FJ 4 afirmaba: “es cierto que hay un porcentaje de electores afectados en este momento por la pandemia, pero la preservación de su derecho no debe realizarse tanto por el aplazamiento de las elecciones (...) como por la implantación de mecanismos que permitan el ejercicio de su derecho al voto sin presencialidad”.

La posición adelantada por el TSJC tuvo su culminación con la publicación, el 1 de febrero de 2021, de la Sentencia dictada por la Sección Quinta del Tribunal, la cual considera que “el aplazamiento electoral por un periodo mínimo de tres meses y medio, de duración incierta, es una restricción particularmente intensa porque afecta a un elemento esencial del derecho a la participación política (la periodicidad de las elecciones como instrumento de expresión del pluralismo político de cada momento, que es uno de los valores que según el art. 1 sostiene el Estado democrático de Derecho)”. A lo que añade que se ha producido una lesión del derecho fundamental de sufragio al no “cumplirse los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad exigibles (...) y al no darse una situación de fuerza mayor impeditiva de la celebración de las elecciones que pudiera justificar dicha decisión” (FJ 9)¹⁰.

A tenor de este razonamiento resulta inviable que una disposición gubernativa, se estatal o autonómica, pueda impedir el ejercicio de un derecho fundamental, sobre todo si tenemos en cuenta que el art. 3.2 LOREG preceptúa, de forma incondicionada, que “toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”.

Este precepto implicaría, en consecuencia, que ante situaciones excepcionales deben articularse las medidas necesarias para garantizar el pleno ejercicio del derecho de sufragio, en los términos del citado precepto. En palabras de la STC 105/2012, de 11 de mayo, “la Constitución ha introducido un principio de interpretación de ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales (...) Esta consideración general es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar en la base de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable”.

Dicho de otra forma, pese a que el derecho de sufragio es un derecho de configuración legal, el desarrollo legislativo o aplicativo de este derecho no puede desconocer su contenido esencial, íntimamente relacionado con los principios de igualdad y libertad ciudadana. De tal forma que cualquier restricción o limitación de su ejercicio debe perseguir una finalidad constitucional legítima, idónea, proporcional y necesaria.

Precisamente, cabría preguntarse si el confinamiento domiciliario fue una medida necesaria, esto es, si no existían otros medios o instrumentos más favorables al ejercicio del derecho de sufragio y, en consecuencia, menos restrictivo.

Ante las dificultades u obstáculos que esta medida produjo en la libertad de movimientos y, por ende, en el ejercicio del derecho de sufragio, se plantearon algunas opciones que permitieran compensar

9 La Disposición Adicional Primera de la LOREG determina que, en otros preceptos, son de aplicación directa a las Comunidades Autónomas lo previsto en el art. 42, en virtud del cual se establecen los mismos plazos tanto para las elecciones a Cortes y Asambleas Legislativas autonómicas, ya sea tras la disolución anticipada de las Cámaras como si no; llegando incluso a prever un día concreto (el cuarto domingo de mayo cada cuatro años) para las elecciones municipales y autonómicas, en el caso de que el Presidente autonómico carezca de la potestad de disolución anticipada.

10 El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara un nuevo estado de alarma, establecía en su única Disposición Adicional que: “La vigencia del estado de alarma no impedirá el desenvolvimiento ni la realización de las actuaciones electorales precisas para la celebración de elecciones convocadas a Parlamentos de Comunidades Autónomas”. Hay que puntualizar que dicha Disposición Adicional se incluyó también como Disposición Adicional Primera en el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogaba el Estado de Alarma hasta el 9 de mayo de 2021. Asimismo, debe señalarse que el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, ya señalaba que “la vigencia del estado de alarma no supondrá obstáculo alguno al desenvolvimiento y realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de elecciones convocadas a Parlamentos de comunidades autónomas”.

esta situación, tales como facilitar el voto anticipado por correo, el voto domiciliario¹¹, las urnas móviles, el voto por mecanismos electrónicos o, incluso, el voto presencial, siguiendo el necesario protocolo sanitario y reservando de una franja horaria específica¹².

La implantación de estas medidas no era excesivamente compleja, pero podían afectar a las garantías que rodean el ejercicio derecho de voto. Piénsese en la articulación urgente de un sistema de voto por correo y las dificultades de su solicitud¹³, o la preparación y habilitación de las papeletas electorales en el voto domiciliario, dado que no todas las fuerzas políticas disponen de los medios para enviar a los electores correspondencia postal.

IV. LA AFECTACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO.

Dado que el procedimiento electoral está compuesto por una serie de actos entrelazados que conforman una unidad, como ya se ha dicho, conviene también llamar la atención sobre las actividades previas a la emisión del voto ciudadano, donde ocupa un lugar destacado el desarrollo de las campañas electorales.

De la misma manera que un estado de alarma con importantes restricciones a la movilidad ambulatoria resulta complicado poder satisfacer el adecuado ejercicio del derecho de sufragio activo, el sufragio pasivo resulta igualmente afectado desde el mismo momento en el que los candidatos no pueden reunirse con sus ciudadanos y éstos no pueden recibir de primera mano las propuestas electorales.

La presencialidad que conllevan las campañas electorales tradicionales conforman un entorno propicio para que los ciudadanos puedan conformar su opinión. La “brecha digital” haría que muchos electores no pudieran acceder a la información y propaganda electoral, de ahí la importancia de la socialización política que forma parte del ritual de las campañas electorales¹⁴.

La necesidad, por tanto, de procurar la fluidez de la comunicación e información electoral es una cuestión primordial e íntimamente ligada al ejercicio de los derechos de participación política. En definitiva, “el sano debate democrático exige que exista el mayor nivel de circulación de ideas, pues es necesario que todas y todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de las candidaturas, disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones, para que las y los electores puedan formar su criterio y votar”¹⁵.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, de febrero de 2021, zanja la cuestión de una forma salomónica admitiendo que no cabe esperar que en circunstancias tan especiales el proceso electoral se desarrolle con entera normalidad. De tal manera que basta con que los electores puedan tener la mínima opción de conformar su voluntad política a través de los medios telemáticos de comunicación.

V. ALGUNAS REFLEXIONES.

La situación vivida durante la pandemia ha puesto a prueba no ya el alcance del Derecho de excepción sino también los fundamentos del propio Estado social y democrático de Derecho.

11 La normativa electoral vigente no permite el voto domiciliario. En todo caso una interpretación flexible y favorable al ejercicio del derecho de sufragio no impediría desplazar el lugar de votación al domicilio de las personas que lo soliciten y estén cumpliendo cuarentena o que se encuentren en una situación análoga (de gran invalidez o dependencia).

12 En este punto son varias las posibilidades que podrían manejarse: la reserva de una franja horaria de votación, la ampliación de la jornada electoral o la fijación de un día, anterior o posterior, para que las personas afectadas puedan votar.

13 Acuerdo de la Junta Electoral Central 56/2020, de 28 de mayo, sobre la petición de voto por correo de forma telemática. Sobre las distintas opciones de voto y su problemática vid. X.A. SARMIENTO MÉNDEZ, “Covid-19. Una visión desde el Parlamento de Galicia y su administración electoral”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, n° 34, 2021, pp. 225 a 254; y A. GARCÍA INDA, “Elecciones en tiempo de pandemia. Estudio del caso español”, *Derecho Electoral*, n° 32, 2021, pp. 309 a 312.

14 Vid. O. SÁNCHEZ MUÑOZ, *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, CEPC-Universidad de Valladolid, Madrid, 2020.

15 Vid. A. ESPINOSA SILIS, “Los derechos políticos electorales durante la pandemia”, en AAVV., *Covid-19, Estado de Derecho y procesos electorales en Latinoamérica*, Konrad Adenauer-Transparencia Electoral, Bogotá, 2021, p. 31.

Las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales deben ser limitadas tanto temporal como materialmente, lo que implica que debe favorecerse, pese a las circunstancias, el ejercicio de los derechos afectados (*favor libertate*).

La premisa debe ser garantizar el ejercicio de los derechos y libertades en circunstancias excepcionales, y no al revés: esto es, justificar al amparo de la declaración del estado de alarma dichas restricciones como algo consustancial o colateral. Precisamente, la finalidad última de la regulación constitucional de los estados excepcionales es asegurar la continuidad del sistema democrático.

Pese a las dificultades propias del momento, deberían haberse explorado otras posibles alternativas para preservar el derecho a la vida e integridad física posibilitando, a su vez, el derecho de participación política de los ciudadanos.

El gobierno optó por ponderar las restricciones en el derecho a la libertad de movimientos y los beneficios derivados para la salud e integridad física, pero podría haber introducido otros parámetros, como el principio de interdicción de la arbitrariedad o el control parlamentario, cuya salvaguardia habría sido posible, posiblemente, si se hubiera declarado un estado de excepción.

