

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

Sobre la viabilidad jurídica de la impugnación por el Gobierno de España, al amparo del artículo 161.2 de la Constitución, del acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre de 2.003 aprobatorio de la propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi y del acuerdo adoptado por la Mesa del Parlamento Vasco el 4 de Noviembre siguiente en orden a la tramitación de dicha propuesta.

Madrid, Noviembre de 2.003

Sumario

| | Pág. |
|---|-------------|
| ANTECEDENTES | 1 |
| I. Consideraciones generales sobre las disposiciones y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas susceptibles de impugnación por la vía del artículo 161.2 de la Constitución | 2 |
| II. Análisis del acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre de 2.003 desde la perspectiva impugnatoria del artículo 161.2 de la Constitución | 7 |
| III. Análisis del acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 4 de Noviembre de 2.003 desde la perspectiva del artículo 161.2 de la Constitución..... | 19 |
| IV. Una breve referencia a la cuestión de fondo que la impugnación plantea | 29 |
| V. Consideraciones finales..... | 33 |
| CONCLUSIONES | 36 |

El presente estudio se realiza a partir de los siguientes

A N T E C E D E N T E S

Primero.- El Gobierno Vasco, en sesión celebrada el 25 de Octubre de 2.003, procedió a aprobar una "propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi", así como el traslado de la misma al Presidente del Parlamento Vasco "de conformidad con lo exigido por el artículo 46.1.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco".

El texto de la "propuesta", que tengo a la vista, ha sido ampliamente difundido en la prensa, por lo que resulta innecesario dar cuenta aquí de su contenido.

Segundo.- En su reunión de 4 de Noviembre de 2.003 la Mesa del Parlamento acordó "admitir a trámite la propuesta de reforma para su tramitación conforme al procedimiento legislativo ordinario" y ordenó su remisión a la Comisión Parlamentaria de Instituciones e Interior y su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento Vasco, publicación que tuvo lugar el siguiente día 11 de los corrientes.

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

Tercero.- El Consejo de Ministros en su reunión de 7 de Noviembre de 2.003 acordó impugnar los acuerdos del Gobierno Vasco y de la Mesa del Parlamento Vasco referidos en los apartados anteriores al amparo de lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución, que determina la suspensión de los mismos, impugnación que se formalizó seguidamente por el Sr. Abogado del Estado, de cuyo escrito la prensa dio también amplia noticia.

A la vista de todo ello se estudiará a continuación si es jurídicamente viable la impugnación de los acuerdos del Gobierno Vasco de 25 de Octubre y de la Mesa del Parlamento Vasco de 4 de Noviembre de 2.003.

I

Consideraciones generales sobre las disposiciones y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas susceptibles de impugnación por la vía del artículo 161.2 de la Constitución.

El artículo 161.2 de la Constitución establece que:

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

“El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.

El precepto transcrito fue introducido en su día por la Ponencia Constitucional, que le dio una redacción que se convirtió en definitiva sin otra variación que la relativa al plazo, que en la redacción inicial de la Ponencia era de seis meses, reduciéndose luego a tres en el Senado para ser fijado finalmente en cinco por la Comisión Mixta del Congreso – Senado.

A pesar de que el precepto no fue objeto de otro debate en las Constituyentes que el relativo al plazo, no fue muy bien recibido por la doctrina, que en algún caso llegó a considerarlo vacío de contenido en la medida en que duplicaba el recurso de inconstitucionalidad si se refería a las disposiciones con fuerza de Ley y el recurso contencioso-administrativo en los demás casos (en este sentido, F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGON REYES, *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, nº 7 de 1.979, páginas 165 y siguientes). El propio Letrado que suscribe, sin llegar a ese extremo, llamó también la

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

atención sobre él formulando determinadas sugerencias sobre ambas duplicidades cuando estaba en tramitación el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que habría de desarrollarlo (vid. TOMAS R. FERNANDEZ, *Reflexiones en torno al artículo 161.2 de la Constitución*, en el nº 3 del Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político, UNED, primavera 1.979, páginas 7 y siguientes), alguna de las cuales fue acogida en el texto final de la referida Ley Orgánica, que, aceptando expresamente sendas enmiendas formuladas por el Grupo Parlamentario Socialista y por los Socialistas de Cataluña en el Congreso de los Diputados, dejó claro que las disposiciones a las que hacía referencia el artículo 161.2 de la Constitución habían de ser solamente "las disposiciones normativas sin fuerza de Ley", aprobándose en consecuencia con su actual tenor y sin discusión alguna por una abrumadora mayoría (305 diputados a favor y sólo cuatro en contra).

Cualesquiera que fuesen en el pasado o puedan ser hoy los reparos doctrinales a la vía de impugnación abierta por el artículo 161.2 de la Constitución y articulada luego por los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, (que compensa, como yo mismo noté en el trabajo antes citado, la renuncia de la Norma Fundamental de establecer controles políticos, no infrecuentes en el Derecho Comparado,

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

sobre la actividad de las Comunidades Autónomas con la ganancia que para éstas resulta: vid. en este sentido E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid 1.991, págs. 151 y, recientemente, A. PASCUAL MEDRANO, *La suspensión de actos y normas de las Comunidades Autónomas en la jurisdicción constitucional: el artículo 161.2 de la Constitución Española*, Aranzadi 2003, pág. 160), es lo cierto que viene utilizándose pacíficamente con absoluta normalidad, utilización que ha puesto de manifiesto, por otra parte, su funcionalidad específica, que no es otra que la de abrir un cauce al control de la constitucionalidad de las decisiones de las Comunidades Autónomas que no tienen encaje en el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad por no tratarse de disposiciones con fuerza de Ley, ni en los conflictos de competencia positivos por no implicar un problema propiamente competencial.

La jurisprudencia constitucional producida a lo largo de estos años ha aclarado también que tanto la expresión "disposiciones normativas sin fuerza de ley", como el término "resoluciones" que utiliza el artículo 76 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tienen que ser interpretadas en un sentido amplio, comprensivo en el primer caso de las simples instrucciones o circulares, aunque éstas no tengan el carácter de

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

auténticas normas, sino el de meras directrices internas, (Sentencia del Pleno 57/1.983, de 28 de Junio) y en el segundo de los meros actos de trámite, incluso no cualificados (Sentencia del Pleno 143/1.985, de 24 de Octubre). La Sentencia del Pleno 220/1.992, de 11 de Diciembre, relativa a un simple "oficio" de una Dirección General, confirma expresamente estos criterios interpretativos con la cita expresa de otros pronunciamientos semejantes.

Si no se tratara de un asunto tan estruendoso como el que ahora nos ocupa, no se plantearía siquiera el problema, dada la claridad de la doctrina constitucional aludida, por lo que con el mero recordatorio de ésta la cuestión podría darse por zanjada sin más.

No obstante esto y por las razones apuntadas resulta ahora obligado profundizar un poco más en el análisis de los concretos acuerdos impugnados por el Gobierno a la luz de la jurisprudencia constitucional disponible.

II

Análisis del acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre de 2.003 desde la perspectiva impugnatoria del artículo 161.2 de la Constitución.

De las opiniones que se han vertido en los medios de comunicación se desprende que los reparos que se formulan a la impugnación por el Abogado del Estado del acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre último son básicamente dos, que se manejan estrechamente entrelazados.

Desde una perspectiva jurídico – formal, se formula la duda de que tal acuerdo sea una auténtica “resolución” en el sentido de los artículos 161.2 de la Constitución y 76 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a lo que se une, desde una perspectiva más material, que el acuerdo por el cual un Gobierno autonómico remite al Parlamento de la Comunidad Autónoma un texto normativo (el acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre lo califica con cierta ambigüedad de “propuesta de reforma” y no de proyecto de Ley) a los efectos de su debate y eventual aprobación es solamente un trámite desencadenante de un procedimiento parlamentario, cuyo desenlace, cuando lo haya, sería la única decisión

recurrible (por la vía del recurso de inconstitucionalidad si ese desenlace convirtiera el texto normativo remitido por el Gobierno, con o sin modificaciones, en una Ley).

Al respecto hay que subrayar lo siguiente:

1) – En primer lugar, que, como ya se ha indicado, la interpretación que, según la jurisprudencia constitucional, ha de darse aquí al término “resolución” tiene que ser muy amplia, comprensiva de los actos de trámite, incluso de los no cualificados.

La Sentencia constitucional 143/1.985, de 24 de Octubre, antes recordada, no puede ser más expresiva en este sentido, cuando dice que “al no existir ningún límite expreso que restrinja dicho concepto y que rebaje su alcance natural”, no hay razón alguna para distinguir entre los actos resolutorios, que ponen fin a los procedimientos administrativos, y los actos de trámite, que instrumentan el procedimiento al ordenar sus fases previas de diferente condición pero necesarias todas ellas para hacer posible la resolución definitiva, ni tampoco para introducir distinciones “dentro de los actos de simple

trámite, los que sean de trámite cualificado de los que no tenga tal condición”.

2) - El acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre es, por otra parte, con toda evidencia, un acto que pone fin a un procedimiento administrativo: el que ha tenido que seguir necesariamente el Gobierno Vasco para llegar a aprobar la “propuesta de reforma”.

Digo “necesariamente” porque sólo las personas físicas pueden pasar del pensamiento a la acción sin mediación de procedimiento alguno, como es obvio. Un órgano colegiado, constituido por un cierto número de personas físicas, necesita inexcusablemente de algún tipo de procedimiento para poder formar su propia voluntad, distinta e independiente de la voluntad individual de cada uno de los individuos que lo componen. Si ese órgano colegiado es, además, un Gobierno autonómico, esto es el órgano situado en la cúspide del complejo aparato administrativo de la Comunidad Autónoma, la cuestión es todavía más evidente, tanto más cuanto que el acuerdo adoptado no se reduce a expresar una simple voluntad de reforma estatutaria, que eso podría concebirse como realizable “a bote pronto”, sino que se concreta en un texto “reformador” plenamente articulado, compuesto de un preámbulo,

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

69 artículos, una disposición transitoria y una disposición final, cosa que no puede improvisarse, como es notorio.

Para llegar a ese texto final que el acuerdo de 25 de Octubre aprueba ha tenido que seguirse un camino, un *iter*, un procedimiento, no importa cual, pero, obviamente, alguno. Alguien habrá formulado una moción o propuesta inicial, alguien habrá redactado un primer borrador, alguien habrá tenido que emitir un informe, alguien, en fin, habrá elevado al Gobierno una propuesta de acuerdo, que, al ser aceptada por el Gobierno, se habrá concretado en ese acuerdo final, inequívocamente resolutorio de ese ignorado (porque el Gobierno Vasco no ha dicho cuál ha sido el procedimiento seguido, ni ha remitido al Parlamento Vasco antecedentes de ningún tipo que pudieran revelarlo), pero indiscutiblemente existente, procedimiento previo del que el acuerdo de 25 de Octubre vendría a ser la "resolución", empleando ahora el término en su sentido más estricto de acto que pone fin, decidiéndolo, a un procedimiento.

De que esto ha sido así hay, por lo demás, pruebas inequívocas, puesto que es público que la "propuesta de reforma" aprobada el 25 de Octubre por el Gobierno Vasco arranca de un

documento que se hizo público a finales del año pasado (vid. el volumen *Estudio sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, IVAP, Oñati, 2003, que recoge los trabajos de las Jornadas celebradas en la Facultad de Derecho de San Sebastián del 4 al 7 de Febrero último sobre el *Documento del Lehendakari Ibarreche*, cuyo texto incluye el volumen en sus páginas 507 y siguientes), como públicas son las manifestaciones que el Sr. Ibarreche hizo a raíz de la publicación en el diario ABC de Madrid de una versión del texto finalmente aprobado por el Gobierno Vasco de que tal versión era solamente una de las siete u ocho que manejaba el Gobierno por él presidido.

Está, pues, más allá de toda duda, desde la perspectiva imprescindible del procedimiento administrativo, el carácter de auténtica resolución que corresponde al acuerdo del Gobierno Vasco objeto de la consulta.

3) - Pero hay más. Como destacué en un artículo sobre este asunto publicado en el diario madrileño ABC del 14 de los corrientes, a efectos impugnatorios las Leyes equiparan a las resoluciones, esto es, a los actos y acuerdos que ponen fin a un procedimiento, los actos de trámite "si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos” (artículo 107.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de Noviembre).

Pues bien, aunque el acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre pasado se considerase acto de trámite, sería forzoso equipararlo a los efectos indicados a una resolución y ello aunque se prescindiera de la interpretación que el Tribunal Constitucional viene haciendo del término “resolución” que más atrás se ha recordado. Esa equiparación sería absolutamente obligada desde el momento en que en el referido acuerdo concurren las cualificadas circunstancias a las que se refiere el citado artículo 107.1 de la Ley 30/1.992, concurrencia en este caso indiscutible si se tiene presente que la disposición adicional primera de la Constitución (de cuya observancia por las disposiciones normativas sin fuerza de Ley y por las resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas le corresponde al Gobierno velar según resulta del artículo 161.2 de la Constitución; esto es, justamente, lo que esta vía impugnatoria tiene de específico, según quedó dicho) reconoce y ampara los derechos históricos de los territorios forales, derechos de los que el acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre viene a disponer sin haber oído previamente a las instituciones representativas de esos territorios como la postura

públicamente adoptada por la Diputación Foral de Alava pone de manifiesto.

4) - Dicho acuerdo es también inequívocamente una verdadera resolución desde una perspectiva material y ello en la medida en que, considerado en sí mismo y con plena abstracción del contenido concreto de la "propuesta" que aprueba, el acuerdo contiene la decisión de poner en marcha la reforma del Estatuto político de la Comunidad Autónoma.

Calificar de mero trámite la decisión más importante de cuantas puede tomar un Gobierno autonómico sería, más que un manifiesto abuso dialéctico, una auténtica contradicción en los términos. Que esa decisión pueda ser o no tomada en consideración por el Parlamento de la Comunidad Autónoma o que el contenido de la "propuesta" sea aprobado, enmendado o rechazado por dicha Cámara es otra cuestión, que no priva en absoluto al acuerdo del Gobierno del carácter de resolución, que es la denominación que hasta donde se me alcanza se utiliza en el mundo conocido para distinguir a los actos que expresan una decisión de los que se limitan a impulsar un procedimiento.

5) - El acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre último fue remitido ese mismo día al Presidente del Parlamento Vasco "de conformidad con lo exigido por el artículo 46.1.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco", según el oficio firmado por la Vicepresidenta y Secretaria del Gobierno. Dicho precepto regula, como es sabido, el procedimiento para la reforma del Estatuto, a cuyos efectos reconoce la iniciativa también al Gobierno Vasco, iniciativa que, según se deduce del apartado b), ha de plasmarse en una "propuesta" (de ahí, supongo, la terminología "propuesta de reforma" utilizada por el acuerdo), que tendrá que ser aprobada por el Parlamento Vasco por mayoría absoluta y remitida luego a las Cortes Generales del Estado para su aprobación mediante Ley Orgánica y sometida finalmente a referéndum.

Aquí es donde quienes han formulado reparos a la viabilidad de la impugnación formulada al amparo del artículo 161.2 de la Constitución quieren encontrar el apoyo a su afirmación de que el acuerdo impugnado más que una verdadera resolución, es un trámite, el inicial, del procedimiento descrito. Sin embargo, es aquí, precisamente, en este concreto escenario y a la vista de la concreta "propuesta" de reforma que el acuerdo aprueba, donde el reparo no sólo no encuentra el apoyo que

busca, sino que, paradójicamente, pierde el escaso fundamento que pudiera tener.

He dicho ya –y vuelvo a repetir ahora para evitar cualquier posible equívoco- que el acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre en sí mismo considerado tiene que ser necesariamente calificado como resolución en la medida en que expresa una decisión, la de abrir un proceso de reforma estatutaria, que, en cuanto tal decisión y abstracción hecha de su contenido concreto, es la más importante que puede adoptar un Gobierno autonómico, por lo que, habida cuenta de ello, el acuerdo que la expresa no puede en absoluto calificarse de un acto de mero trámite.

Lo que ahora me propongo añadir es un análisis, no ya del acuerdo en sí mismo, sino de la concreta “propuesta de reforma” que aprueba, porque, desde esta perspectiva –la de esa “propuesta”-, es todavía más evidente, si cabe, la viabilidad de la impugnación por el cauce previsto en el artículo 161.2 de la Constitución.

En efecto, basta poner los ojos en el contenido de la “propuesta” en cuestión para apreciar que no se limita a ser lo que

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

pretende aparentar, esto es una "propuesta de reforma" estatutaria, sino algo distinto, a saber: una propuesta de reforma de la propia Constitución. Sobre esto no hay la más mínima duda. Quienes han formulado de un modo u otro reparos a la viabilidad de la impugnación del acuerdo del Gobierno Vasco objeto de la consulta han puesto por delante de ellos su convicción de que la "propuesta de reforma" que éste aprueba es radicalmente incompatible con la Constitución, cosa que ni los propios autores de la "propuesta" han intentado siquiera negar. No añadiré por ello nada a lo ya dicho, con toda precisión por lo demás, por el Abogado General del Estado en el informe del que han dado cuenta profusamente los medios de comunicación y en el escrito de impugnación presentado por el Abogado del Estado en el Tribunal Constitucional, que también tengo a la vista, a los que me remito aquí pura y simplemente en aras de la brevedad.

Lo que me importa destacar es que el Gobierno Vasco carece manifiestamente de competencia para proponer una reforma de la Constitución, porque ésta no le reconoce ninguna iniciativa al respecto, iniciativa que, en todo caso, correspondería al Parlamento Vasco, según lo dispuesto en el artículo 87.2 de la Norma Fundamental, al que hace expresa remisión el artículo 166 de la misma.

Esa manifiesta incompetencia hace nulo de pleno derecho el acuerdo adoptado por el Gobierno Vasco, nulidad que impide reconocerle efecto válido alguno (*quod ab initio nullum est nullum effectum producit*). Un acuerdo nulo de pleno derecho puede ser por esa razón desconocido por cualquiera, pero como, si no lo es, puede adquirir una apariencia de validez susceptible de producir confusión y de trastornar el orden público general, esa apariencia puede y debe ser destruida por los Tribunales competentes (aquí, por el Tribunal Constitucional al que remite el artículo 161.2 de la Constitución), que cuando sean requeridos para ello están obligados a pronunciar esa declaración con carácter preferente a cualquier otro pronunciamiento, incluidos los relativos a su propia competencia. El carácter de orden público de los vicios de nulidad radical, absoluta o de pleno derecho así lo exige y así lo viene proclamando nuestra jurisprudencia desde hace más de siglo y medio, en la senda abierta por la doctrina establecida por el *Conseil d'Etat* que dio vida al *excés de pouvoir*, como también avancé ya en el artículo publicado en el diario ABC que más atrás quedó citado.

Esta secular doctrina de los vicios de orden público, a cuyo estudio dediqué hace ya muchos años un libro al que ahora me remito

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

(cfr. *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid 1.969) elimina *a radice* y convierte en nada las pequeñas objeciones que, a propósito del carácter de resolución o de acto de trámite del acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre pasado, se han formulado a la viabilidad de su impugnación ante el Tribunal Constitucional al amparo del artículo 161.2 de la Constitución.

Por lo demás, en la medida en que la "propuesta de reforma" aprobada por dicho acuerdo invade el terreno de la reforma constitucional y, por lo tanto, el espacio competencial que la Constitución reserva a otros órganos del Estado, "lo esencial –según la jurisprudencia constitucional- no es la naturaleza del acto que se discuta en el mismo, sino que se encuentra en la afirmación por un ente de poseer una competencia que se atribuye por acto de autoridad propia constitucional y estatutariamente prohibido, frente a otro ente ejercitándola de manera real por medio de hechos concretos de invasión de competencia", por decirlo con las propias palabras de la Sentencia constitucional 143/1.985, de 24 de Octubre.

Lo hasta aquí dicho es bastante, en mi opinión, para resolver el problema planteado en lo que a este primer acuerdo se refiere.

III

Análisis del acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 4 de Noviembre de 2.003 desde la perspectiva del artículo 161.2 de la Constitución.

En su escrito de impugnación el Sr. Abogado del Estado dice con indiscutible razón que en el caso del acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 4 de Noviembre de 2.003 es mucho más sencillo justificar su calificación de resolución impugnabile porque pasan de la veintena los procesos constitucionales resueltos por el Tribunal Constitucional que tuvieron por objeto acuerdos adoptados por tales órganos parlamentarios. Hay, pues, una doctrina jurisprudencial plenamente consolidada sobre el asunto, doctrina que aclara sin ninguna duda cuál es el papel que a la Mesa de un Parlamento corresponde en relación a los documentos que se hacen llegar a ella, cuáles los criterios con arreglo a los que han de desarrollar su función y cuándo y por qué los acuerdos que adoptan pueden ser enjuiciados por el Tribunal Constitucional e, incluso, anulados por éste.

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

La reciente Sentencia 40/2.003, de 27 de Febrero, resume muy bien esa doctrina en los términos que a continuación se precisarán. Se impugnaba en este caso el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 8 de Noviembre de 2.000, por el que se inadmitió a trámite la proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular sobre requerimiento al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas en relación con la no presentación por el Gobierno Vasco del Proyecto de Ley de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio de 2.001, acuerdo que el Tribunal Constitucional anula. Su argumentación, en lo que aquí importa, es la siguiente:

“ninguna tacha de inconstitucionalidad merece la atribución a las Mesas parlamentarias, estatales o autonómicas de la función de control de la regularidad legal de los escritos y documentos parlamentarios, sean estos los dirigidos a ejercer el control de los respectivos Ejecutivos, o sean los de carácter legislativo, siempre que tras ese examen de la iniciativa a la luz del canon normativo del Reglamento parlamentario no se esconda un juicio sobre la oportunidad política en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria en el correspondiente trámite de toma en consideración o en el debate plenario. Pues, en efecto, el órgano que sirve de instrumento para el ejercicio por los ciudadanos de la soberanía participando en los asuntos públicos por medio de representantes es la Asamblea Legislativa, no sus Mesas, que cumplen la función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de las Cámaras para su mayor eficiencia, precisamente, como tal foro de debate y participación en la cosa pública. De modo que a la Mesa le compete, por estar sujeta al ordenamiento jurídico, en particular a la Constitución y a los Reglamentos

parlamentarios que regulan sus atribuciones y funcionamiento, y en aras de la mencionada eficacia del trabajo parlamentario, verificar la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de las iniciativas, esto es, examinar si las iniciativas cumplen los requisitos formales exigidos por la norma reglamentaria.

No obstante, el Reglamento parlamentario puede permitir o, en su caso, establecer, incluso, que la Mesa extienda su examen de las iniciativas más allá de la estricta verificación de sus requisitos formales, siempre, claro está, que los escritos y documentos girados a la Mesa, sean de control de la actividad de los Ejecutivos o sean de carácter legislativo, vengan justamente, limitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento parlamentario pertinente. De modo que si la legalidad aplicable no impone límite material alguno a la iniciativa, la verificación de su admisibilidad ha de ser siempre formal, cuidando únicamente la Mesa de que la iniciativa en cuestión cumpla con los requisitos de forma que le exige esa legalidad (SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3.b; 203/2001, de 15 de octubre, FJ 3; y 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3)".

Como regla general, por lo tanto, la Mesa de un Parlamento debe limitarse a "examinar si las iniciativas cumplen los requisitos formales exigidos por la norma reglamentaria" (quiere decir, por el Reglamento del propio Parlamento).

Excepcionalmente, sin embargo, no es sólo posible, sino obligado que la Mesa vaya "más allá de la estricta verificación de los requisitos formales". Así hay que entenderlo cuando los escritos o

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

documentos girados a la Mesa, "sean de control de la actividad de los Ejecutivos o sean de carácter legislativo, vengan, justamente, limitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento parlamentario pertinente".

Hecho este recordatorio general, la Sentencia constitucional 40/2003, de 27 de Febrero, pasa a analizar la normativa establecida al respecto por el Reglamento del Parlamento Vasco concluyendo que de él se colige que el papel que corresponde a la Mesa

"no se ciñe a la verificación de los requisitos formales reglamentariamente establecidos, sino que se extiende también al examen del contenido material de la iniciativa en cuanto resulte determinante para llevar a cabo un juicio de calificación sobre la idoneidad y procedencia del procedimiento parlamentario elegido para sustanciar la iniciativa deducida y el correspondiente pronunciamiento sobre su admisión o no a trámite atendiendo al respeto o no de los límites o condiciones materiales que el Reglamento establece con carácter específico para las proposiciones no de ley.

Aclarado de este modo que la doctrina constitucional previamente establecida es en todo aplicable al caso a la vista de lo dispuesto en el Reglamento del Parlamento Vasco, el Tribunal Constitucional recalca el sentido y justificación de la regla y de la

excepción que dicha doctrina establece, subrayando en lo que a la regla respecta que, de no limitarse la función de la Mesa al exclusivo examen de los requisitos reglamentariamente establecidos, "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".

No se dará, sin embargo, esa ilegítima obstaculización del debate político cuando concurren las circunstancias determinantes de la excepción, esto es, cuando los documentos girados a la Mesa "vengan, justamente, limitados materialmente por la Constitución, el bloque de constitucionalidad o el Reglamento parlamentario", ya que en estos casos la Mesa no sólo puede, sino que debe ir "más allá de la verificación de los requisitos formales" y comprobar si dichos documentos respetan o no esos límites materiales, decidiendo a la vista de esa comprobación si procede admitirlos a trámite (cuando los respetan) o inadmitirlos (cuando los exceden o conculcan).

La doctrina constitucional es, pues, muy firme y muy clara y, como la propia Sentencia 40/2003 muestra, la Mesa del Parlamento Vasco no solo la conocía cuando adoptó los acuerdos que dicha Sentencia anula, sino que también la compartía plenamente, puesto que dichos acuerdos son aplicación estricta de la misma. En ellos la Mesa del Parlamento Vasco fue conscientemente "más allá de la estricta verificación de los requisitos formales" del documento objeto de examen para averiguar si éste se adecuaba o no a la Ley vasca del Tribunal de Cuentas. A resultas de esa comprobación decidió (mal, según la Sentencia constitucional) que no y por eso inadmitió (indebidamente, según la Sentencia) la proposición no de Ley presentada, pero lo hizo, repito, aplicando la doctrina constitucional expuesta, que es lo que ahora importa subrayar.

No merece la pena, naturalmente, repasar una a una todas las Sentencias constitucionales que sostienen esta misma doctrina, una vez comprobado que, en cuanto a ella, no hay discrepancia alguna por parte del propio órgano parlamentario que ha adoptado el acuerdo objeto de la consulta. Me limitaré por ello a recordar una sola Sentencia de la serie, la 76/1.994, de 14 de Marzo, y ello porque se refiere también a un acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco, que, curiosamente, adopta la

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

decisión contraria a la que aquí ha tomado e inadmite una proposición de Ley justamente porque plantea una reforma constitucional encubierta, lo que es exactamente nuestro caso en este momento.

El asunto era como sigue: seis ciudadanos, constituidos en Comisión promotora y actuando al amparo de la Ley vasca 8/1986, de 26 de Junio, reguladora de la iniciativa legislativa popular, presentaron en el Parlamento Vasco escrito solicitando a éste que instara ante las Cortes Generales una reforma de la Constitución en el sentido de dar a su disposición adicional segunda una nueva redacción del siguiente tenor: "La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La recuperación y actualización en todo caso de esos derechos, que residen en la potestad de sus ciudadanos para decidir libre y democráticamente su *status* político, económico, social y cultural, se llevará a efecto mediante el ejercicio de su derecho a la autodeterminación en forma soberana, sin ninguna limitación externa y con la posibilidad de optar por la creación de su Estado".

Pues bien, la Mesa del Parlamento Vasco declaró la inadmisibilidad de la proposición de Ley, acuerdo que fue recurrido en amparo por los solicitantes ante el Tribunal Constitucional. En el curso del

proceso constitucional así abierto, el Letrado del Parlamento Vasco sostuvo la corrección constitucional del acuerdo adoptado por la Mesa subrayando que, dado "el carácter materialmente acotado de la iniciativa popular, es imprescindible que algún órgano verifique que las propuestas concretas de iniciativa no exceden el ámbito material previamente acotado, órgano que en el ámbito del EAPV es la Mesa del Parlamento Vasco", cuya competencia al respecto, "además de lógica e imprescindible, es legalmente indubitada". Dicho lo cual, añade que "si se examina el contenido de la propuesta rechazada por la Mesa se pone de manifiesto que ésta ha actuado conforme a la Ley", porque "la proposición presentada no pretendía sino una reforma constitucional consistente en incorporar una Disposición adicional al texto de la Constitución", lo que resulta inadmisibile "por cuanto el artículo 166 CE excluye la iniciativa legislativa popular para los supuestos de reforma constitucional".

La Comisión promotora –sigue diciendo el Letrado de Parlamento Vasco- "consciente de este escollo, pretende sortearlo siguiendo una vía indirecta", formulando una propuesta que "no consiste en una iniciativa de reforma constitucional, sino que va encaminada a conseguir que sea la Mesa de la Cámara Vasca la que asuma dicha iniciativa de reforma, pues para ella no representa ningún obstáculo el

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

artículo 166 CE. Mediante el procedimiento seguido se pretende, en suma, eludir la previsión de este precepto, con lo que se estaría ante un supuesto de fraude de Constitución: existe una norma prohibitiva (artículo 166 CE) cuya elusión se pretende a través de otras normas de cobertura (artículo 27.4 EAPV, en relación con el artículo 87.2 CE)”.

Así planteado el problema, la Sentencia 76/1.994, de 14 de Marzo, comienza recordando la doctrina que ya conocemos afirmando que

“Cuando se trate de proposiciones de Ley respecto de las cuales el ordenamiento jurídico no ha establecido límites materiales, la actividad de calificación y admisión de la Mesa se limitará al control del cumplimiento de los requisitos forales y, en su caso, el examen liminar de su adecuación a Derecho, aunque sólo podrá acordar la inadmisión cuando la contradicción o la inconstitucionalidad sea evidente (STC 205/1.990); en cambio, cuando el ordenamiento establezca causas de inadmisión en atención al contenido material de las proposiciones de Ley, el control de la Mesa deberá necesariamente atender a ese contenido,”

lo que la permite concluir que la Mesa del Parlamento Vasco actuó correctamente, puesto que

“la proposición de Ley presentada por los recurrentes no podía prosperar, ya que se refería a una materia, la reforma de la Constitución Española, excluida de la iniciativa popular por el artículo 166 CE”,

que

“ha querido reservar la iniciativa legislativa de reforma constitucional al Gobierno, al Congreso de los Diputados, al Senado y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”.

No puede haber, por lo tanto, la más mínima duda de que la Mesa del Parlamento Vasco venía obligada en este caso a examinar el contenido de la “propuesta de reforma” remitida por el Gobierno Vasco al amparo de lo dispuesto en el artículo 46.1.a) del Estatuto Vasco, porque la reforma del Estatuto, que es a lo que este precepto se refiere, está inequívocamente sujeta a límites materiales –y procedimentales- establecidos por la Constitución.

Existiendo tales límites materiales, la Mesa del Parlamento no podía limitarse, como aquí ha hecho, a realizar un mero control formal de la referida “propuesta”. Tenía que ir más allá, como lo ha venido haciendo sin vacilar siempre que ha creído que los documentos sometidos a calificación estaban sujetos a tales límites. Si lo hubiera hecho, como era su deber, hubiera advertido *icto oculi* que la titulada reforma estatutaria encubría una auténtica reforma constitucional y, por lo tanto,

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

un verdadero fraude de Constitución, por decirlo con las mismas palabras que utilizó el Letrado del propio Parlamento Vasco en el proceso constitucional resuelto por la Sentencia 76/1.994, de 14 de Marzo, más atrás examinada, ya que, también aquí, existe una norma prohibitiva (el artículo 166 de la Constitución, en relación al 87) cuya elusión se pretende al amparo de otra norma de cobertura (el artículo 46.1.a) del Estatuto Vasco, expresamente invocado por el Gobierno Vasco).

La cuestión es tan clara que ni el propio Parlamento Vasco, vinculado como está a sus propios actos anteriores contra los que a nadie es lícito volver (*venire contra factum proprium non licet*), podría discutirla legítimamente.

IV

Una breve referencia a la cuestión de fondo que la impugnación plantea.

Lo que ha quedado dicho resuelve con claridad meridiana el problema planteado, es decir, el de la viabilidad de la impugnación de los acuerdos del Gobierno Vasco y de la Mesa del Parlamento Vasco de 25 de

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

Octubre y 4 de Noviembre de 2.003 por el cauce previsto en el artículo 161.2 de la Constitución.

Justificada la admisibilidad de dicha impugnación en los términos expuestos, el resto –la cuestión de fondo que la impugnación plantea- no exige, ni merece tampoco, mayor atención por varias razones que simplemente me limitaré a enunciar ahora, porque, amén de no ser polémicas, en su mayoría están comprendidas en el discurso argumental hasta aquí seguido.

En el escenario al que el artículo 161.2 de la Constitución remite la cuestión de fondo es la de la conformidad a ésta de los concretos acuerdos impugnados, que habrán de ser necesariamente anulados si, de un modo u otro, conculcan la Norma Fundamental.

Esta conclusión es obligada en lo que respecta al acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre en la medida en que tal acuerdo aprueba una “propuesta de reforma” estatutaria (como resulta de la expresa invocación que el referido Gobierno hace al artículo 46.1.a) del Estatuto Vasco en el escrito de remisión del acuerdo y del documento correspondiente al Presidente del Parlamento Vasco) que, como ya se ha

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

dicho, entraña con toda evidencia una reforma en profundidad de la propia Constitución, advertible *icto oculi*, sin necesidad de estudio alguno.

Siendo esto así, como lo es y nadie ha negado nunca, el acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre pasado resulta ser nulo de pleno derecho, tanto por la manifiesta incompetencia del Gobierno Vasco para adoptar decisión alguna de este alcance, como por la omisión total y absoluta del procedimiento que la Constitución establece para la revisión de la misma. El artículo 87, al que remite el artículo 166 de la misma, admite, ciertamente, como ya se ha dicho, la participación en la reforma constitucional de las Comunidades Autónomas, pero sólo a través de sus Asambleas Legislativas, a las que habilita para solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de Ley al respecto o para remitir a la mesa del Congreso una proposición de Ley en este sentido, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la propia Asamblea para la defensa de la misma. Los Gobiernos autonómicos carecen, pues, de toda competencia para abordar por sí mismos la reforma de la Constitución, que tiene en ésta un procedimiento tasado que nada tiene que ver con el de reforma estatutaria regulado por el artículo 46.1.a) del Estatuto Vasco, que el Gobierno Vasco ha elegido.

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

Sobra, pues, cualquier otra consideración al respecto, aunque sería posible añadir muchas más y, entre ellas, en primer lugar, la marginación del procedimiento previo a la adopción del acuerdo del Gobierno Vasco de las instituciones representativas de los territorios forales, titulares en virtud de la propia Historia y de la disposición adicional primera de la Constitución de los derechos históricos que ésta ampara y respeta y de los que la "propuesta de reforma" del Gobierno Vasco dispone, cuestión ésta ya aludida más atrás también en la que por ello no es preciso insistir.

Del acuerdo adoptado por la Mesa del Parlamento Vasco el 4 de Noviembre de 2.003 poco más hay que añadir a lo ya dicho a la vista de la jurisprudencia constitucional estudiada, de la que resulta con toda evidencia su nulidad. Si interesa subrayar la falta absoluta de motivación del acuerdo que la Sentencia constitucional 40/2.003, de 27 de Febrero, considera rigurosamente imprescindible.

El único aspecto no abordado hasta aquí es el relativo a la infracción por la Mesa de la "reserva de reglamento parlamentario" en que dicho acuerdo incurre, ya que el vigente Reglamento del Parlamento Vasco no regula la iniciativa de reforma constitucional, ni tampoco la

reforma del propio Estatuto Vasco, omisión que necesariamente reclamaba una reforma previa del Reglamento de la Cámara con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento, tal y como prevé expresamente la disposición final 2ª del propio Reglamento vigente.

El tema ha sido cuidadosamente estudiado en el escrito de impugnación presentado por el Abogado del Estado, cuya argumentación sería tan fatigoso como inútil reproducir aquí. Basta, pues, con la remisión pura y simple al mismo.

V

Consideraciones finales.

El análisis jurídico del problema planteado no da más de sí, ya que, como quedó dicho al comienzo, ni siquiera se hubiera podido considerar como problema de no ser por la materia a la que se refiere y por el estruendo que ha producido.

Como suele ocurrir con frecuencia, los problemas (o seudo problemas) jurídicos se deforman insensiblemente e inevitablemente cuando

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

recaen sobre asuntos cuya trascendencia supera, por una u otra razón, el nivel de lo ordinario. En estos casos la discusión termina desviándose de lo que, en rigor, era sigue siendo su único objeto y lo que inicialmente era muy simple y no tenía por qué dejar de serlo se vuelve artificialmente complejo propiciando una confusión, que es inexcusable evitar.

Así ha sucedido en este caso. Los actos dictados al amparo del texto de una norma (aquí el artículo 46.1.a) del Estatuto Vasco, expresamente invocado por el Gobierno Vasco) que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él (aquí la reforma de la Constitución misma, al margen del procedimiento de revisión que en ella se establece), se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, dice el artículo 6.4 del Código Civil expresando una regla que es absolutamente común en su elementalidad a todos los ordenamientos jurídicos del mundo civilizado.

Ningún argumento, ni político ni jurídico, es esgrimible frente a esta regla universal de cuya observancia nadie puede ser exonerado y, mucho menos, en nombre de la democracia, cuya esencia es, precisamente, el gobierno de y por las Leyes legítimamente aprobadas.

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

Esas Leyes no impiden en absoluto, como ya hemos visto, que en la Asamblea Legislativa del Parlamento Vasco se abra un debate político todo lo profundo que se quiera y con el alcance que se quiera sobre el *status* jurídico-político de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sobre sus relaciones con el Estado. Tampoco impiden que ese mismo debate se traslade al Congreso de los Diputados al que el Parlamento Vasco podría remitir la proposición de Ley que llegara a aprobar en ese mismo sentido. Los artículos 166 y 87.2 de la Constitución son concluyentes al respecto.

La cuestión, aquí y ahora, no está, pues, en la carga que el vehículo lleva, sino en el hecho de que el conductor de éste haya elegido hacerle circular por dirección prohibida. Así de simple.

No tienen, pues, justificación alguna, ni material, ni formal, los reparos que con indudable buena fé se han formulado públicamente en relación a la impugnación de los acuerdos a los que se refiere la consulta so pretexto de que tal impugnación impide que tenga lugar un debate político sobre el tema de fondo que dichos acuerdos plantean. Más bien, quienes así razonan tendrían que preguntar a los autores de éstos por qué han hecho deliberadamente mal y por cauces de cuya radical improcedencia son plenamente conscientes, como sus propios actos

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

anteriores revelan, lo que podrían haber hecho regularmente y por los cauces constitucionalmente establecidos. Sólo una respuesta plausible a esta elemental pregunta podría proporcionar a los reparos que aquéllos aducen y a las protestas que éstos formulan la consistencia de la que, a falta de ella, carecen. Nadie ha dado tal respuesta, ni podría darla tampoco, porque circular a sabiendas por dirección prohibida no tiene explicación alguna.

Por lo expuesto, creo posible formular las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- El término "resoluciones" empleado por los artículos 161.2 de la Constitución y el artículo 76 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional comprende no sólo los actos que ponen fin a un procedimiento, sino también los actos de trámite, incluso no cualificados, según tiene aclarado la jurisprudencia constitucional, por lo que carecen de todo fundamento los reparos formulados sobre esta base a la impugnación por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional de los acuerdos objeto de estudio.

Segunda.- El acuerdo adoptado por el Gobierno Vasco el 25 de Octubre de 2.003 en sí mismo considerado y abstracción hecha del concreto contenido de la "propuesta de reforma" por él aprobado, no podría en ningún caso ser calificado como un acto de mero trámite por la potísima razón de que contiene una auténtica decisión, la más importante, además, que puede adoptar Gobierno autonómico alguno: la de proceder a reformar el Estatuto de la Comunidad Autónoma.

Tercera.- En cualquier caso, ese acuerdo es una resolución verdadera y propia, puesto que pone fin a un procedimiento, el que necesariamente ha tenido que seguir el Gobierno Vasco para llegar a la decisión que contiene.

Cuarta.- En la hipótesis de que el referido acuerdo pudiese ser calificado como acto de trámite tampoco esta calificación podría impedir su impugnación por el cauce del artículo 161.2 de la Constitución, ya que, aunque se prescindiera de la jurisprudencia constitucional a la que se ha hecho referencia en la conclusión primera, sería forzoso reconocer que los actos de trámite cualificados, carácter que en ningún caso podría negarse al acuerdo en cuestión, se equiparan a efectos impugnatorios a las resoluciones que ponen fin a un procedimiento.

Quinta.- Es cuestión enteramente pacífica la impugnabilidad en sede constitucional de los acuerdos que adoptan las Mesas de los Parlamentos en ejecución de su función de calificar los documentos que se las remiten, razón por la cual no podría oponerse objeción alguna a la admisibilidad de la impugnación del acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 4 de Noviembre de 2.003.

Sexta.- Es también cuestión pacífica que la Mesa de un Parlamento en el ejercicio de la referida función no sólo puede, sino que debe, ir más allá de la mera verificación del cumplimiento de los requisitos formales por la iniciativa, documento o escrito sometido a su consideración, cuando éstos vengan limitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento parlamentario pertinente.

La Mesa del Parlamento Vasco ha venido aplicando sin vacilación esta doctrina jurisprudencial y el propio Parlamento Vasco se ha apoyado reiteradamente en ella para defender los acuerdos de la misma siempre que han sido recurridos ante el Tribunal Constitucional, lo que le impediría negarla ahora.

Séptima.- En aplicación de dicha doctrina la Mesa del Parlamento Vasco venía obligada en este caso a examinar el contenido de la “propuesta de resolución” remitida por el Gobierno Vasco y a inadmitir ésta, una vez constatado que la misma excedía los límites de una reforma estatutaria y entrañaba una profunda reforma constitucional, advertible *icto oculi*, para la que el Gobierno Vasco carece de toda competencia y cuya tramitación exigiría en todo caso un procedimiento, el previsto en los artículos 87 y 166 de la Constitución, distinto al regulado por el artículo 46.1.a) del Estatuto Vasco al que el Gobierno Vasco dijo acogerse al trasladarle dicha propuesta.

Al no haberlo hecho así, el acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco de 4 de Noviembre de 2.003 debe ser necesariamente anulado.

Octava.- El referido acuerdo de la Mesa del Parlamento Vasco ha incurrido también en una flagrante infracción de la “reserva de reglamento parlamentario” en la medida en que se ha adoptado sin la previa modificación del Reglamento por el que dicho Parlamento se rige, modificación que resultaba imprescindible para regular la tramitación de

TOMAS-RAMON FERNANDEZ

las iniciativas de reforma constitucional y de reforma estatutaria que el texto vigente no contempla.

Novena.- La ausencia total de motivación del acuerdo de la Mesa determina igualmente su nulidad.

Décima.- El acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de Octubre de 2.003 debe ser igualmente anulado por implicar una reforma de la propia Constitución para la que dicho Gobierno es manifiestamente incompetente.

La omisión total y absoluta del procedimiento establecido por los artículos 87.2 y 166 de la Constitución para la revisión de ésta vicia igualmente de nulidad el referido acuerdo.