

Voto particular que formula el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón respecto de la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1813-2020.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular a la sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1813-2020. Las razones de mi discrepancia son las que tuve ocasión de sostener en el Pleno en el que se deliberó el presente asunto.

Mi disconformidad tiene que ver con la fundamentación que se realiza en la sentencia para sostener la falta de concurrencia del presupuesto de hecho habilitante y que ha desembocado en la estimación del recurso interpuesto frente a la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. La argumentación de mi discrepancia es parcialmente coincidente con la recogida en el voto particular formulado asimismo en el día de hoy frente a la sentencia que resuelve el RI 2295-2020.

1. Debo recordar, en primer lugar, cuál es el canon de control que a mi juicio debería aplicar este Tribunal, pues como ya hemos tenido ocasión de señalar, “en relación con la concurrencia del presupuesto habilitante, que se conforma como un límite jurídico de la actuación normativa mediante decreto-ley, el Tribunal debe controlar su aplicación al caso concreto, pero sin que esa fiscalización, que debe limitarse a un examen externo, pueda sustituir el juicio político sobre la concurrencia del presupuesto que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). Dicho en otros términos, el Tribunal debe controlar que el juicio político realizado por el Gobierno, que elabora el decreto-ley, y por la mayoría del Congreso de los Diputados, que lo convalida, no desborda los límites de lo *manifiestamente razonable*, pero “el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes” [STC 199/2015, de 24 de septiembre, FJ 4, en la que fue ponente el ponente de la presente sentencia].

Por tanto, el control que correspondería hacer al Tribunal es externo, jurídico y no de oportunidad política ni de excelencia técnica, y ha de ser flexible, en coherencia con el reconocimiento constitucional del decreto-ley, para no invalidar de forma innecesaria, ni sustituir

el juicio político sobre la concurrencia del presupuesto que corresponde efectuar al Gobierno – máxime, y como desarrollaré en el presente voto, cuando el contenido de la norma se refiere a la concreción de una potestad de organización del propio Gobierno-, y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario (art. 86.2 CE).

2. Una vez recordado lo anterior, debo subrayar -como hice en la deliberación, pues considero que ello determina necesariamente el alcance que debemos dar a nuestro control-, que en el presente recurso se abordaba la impugnación de una norma que supone unos cambios de naturaleza organizativa dentro del propio Gobierno, no teniendo ningún efecto *ad extra*, ningún efecto sobre la esfera de derechos y deberes de los ciudadanos.

En efecto, la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 procede a reordenar parcialmente la composición de la Comisión Delegada para asuntos de inteligencia con arreglo, tal y como afirma en su preámbulo, “a las necesidades organizativas apreciadas en el momento actual por la Presidencia del Gobierno”.

Así, como bien recuerda la sentencia de la que discrepamos, el preámbulo del Real Decreto-ley impugnado afirma que las modificaciones de la Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia no puede ser aprobada mediante el procedimiento ordinario de tramitación parlamentaria, pues ello implicaría que, hasta la aprobación de tal reforma legislativa, la estructura de órganos colegiados del Gobierno no estaría en condiciones de desarrollar sus funciones con arreglo a las necesidades organizativas apreciadas en el momento actual por la Presidencia del Gobierno, motivo que justifica la extraordinaria y urgente necesidad de la situación y la conexión con ella de las medidas adoptadas.

Es por tanto la oportunidad de reordenar parcialmente la composición de la Comisión Delegada para asuntos de inteligencia con arreglo a las necesidades organizativas apreciadas la que justifica la extraordinaria y urgente necesidad de la aprobación del Real Decreto-Ley impugnado, pues si bien es cierto que las Comisiones Delegadas del Gobierno son, en general, creadas y ordenadas mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno, por así disponerlo el art. 6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; la de asuntos de inteligencia ha sido excepcionalmente configurada directa y específicamente por el legislador en el artículo 6 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

Ello no ha sido óbice, sin embargo, para que la composición de la referida Comisión Delegada de asuntos de inteligencia haya sido configurada en el pasado a través de meros Reales Decretos por parte de Gobiernos anteriores. Así lo hizo, por ejemplo, el Real Decreto 1025/2011,

de 15 de julio, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno que, bajo la Presidencia del Sr. Rodríguez Zapatero, renombró a los miembros de la Comisión en función de la estructura ministerial del momento e incluyó en dicha Comisión a nuevos miembros no previstos en la referida Ley de 2002 como era el Director de Gabinete de la Presidencia del Gobierno, exactamente igual que hace el Real Decreto-Ley ahora impugnado. Igualmente sucedió con el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno, ya bajo la Presidencia del Sr. Rajoy, que hizo exactamente lo mismo.

Ciertamente, cabría dudar de la constitucionalidad de una Ley, la Ley 11/2002, que ha desconocido lo que la norma que regula y desarrolla la posición constitucional del Gobierno, la Ley 50/1997, ha dispuesto en relación con quién es el competente para determinar la composición de las Comisiones Delegadas, pues tal como recuerda el preámbulo de la referida Ley 50/1997, “el Gobierno no puede ser privado de sus características propias de origen constitucional si no es a través de una reforma de la Constitución («garantía institucional»)”. Así, continua el preámbulo, “la potestad legislativa puede y debe operar autónomamente [en el ámbito del Gobierno] siempre y cuando no lleguen a infringirse principios o normas constitucionales”.

Sin necesidad de tener que llegar tan lejos es indudable que el hecho de que el Real Decreto-ley 8/2020 se refiera a un ámbito que se encuadra en las funciones y potestades más directamente reconocidas al poder ejecutivo, como son las que se refieren a aspectos orgánicos, procedimentales o funcionales, me llevó a exponer en la deliberación la necesidad de que este Tribunal abordase una reflexión en relación con el tipo de escrutinio que debemos realizar para determinar el cumplimiento del presupuesto de hecho habilitante exigido en el art. 86.1 CE cuando se trata de reales decretos-ley que regulan ámbitos directamente vinculados con las potestades, funciones y competencias específicas del Gobierno y de su Presidente.

Así, en efecto, tales potestades, funciones y competencias son, por un lado, el reflejo de reconocimiento constitucional de la posición constitucional del Gobierno que se realiza en el art. 97 CE, cuando se refiere a la dirección de la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado y al ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes y son, por otro, la manifestación de lo dispuesto en el art. 99 CE cuando establece que el Congreso de los Diputados dará su confianza al candidato que expone el programa político del Gobierno que pretenda formar.

Es la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, -que desarrolla aquellos principios y criterios básicos recogidos en los arts. 97 y ss de la Constitución de 1978, y que deben presidir el régimen jurídico del Gobierno- la que ha dispuesto en su art. 6 que “la creación, modificación

y supresión de las Comisiones Delegadas del Gobierno será acordada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, a propuesta del Presidente del Gobierno”.

Son por tanto aspectos fundamentales del funcionamiento del Gobierno los que, en principio se ha querido que sean decididos por el propio Gobierno, bajo la dirección de su Presidente. Y entre los aspectos del funcionamiento del Gobierno se encuentran las referidas Comisiones Delegadas que de acuerdo con el art. 1 de la Ley 50/1997, del Gobierno son órganos del Gobierno en cuanto dispone que “los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno”.

Todo ello no es sino el reflejo del principio mismo de separación de poderes establecido en nuestra Constitución y que lleva a que, si es el Gobierno el que en virtud de la Constitución dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar, debe ser, en principio, el Gobierno el que tome las decisiones sobre su organización, no pudiéndole ser tales decisiones totalmente sustraídas sin poner en cuestión la propia separación de poderes y la atribución constitucional de potestades y funciones.

Así se ha venido entendiendo por parte de los diversos gobiernos anteriores que han procedido a determinar la composición de la Comisión Delegada para asuntos de inteligencia a través de meros Reales Decretos- así lo hicieron, reitero, los Reales Decretos 1025/2011, de 15 de julio, o 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno en aquel momento-, lo que no supone sino la confirmación de la interpretación que se sostiene en el presente voto particular.

Ciertamente, la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020 aquí impugnada procede a modificar la composición de tal órgano colegiado del Gobierno, la Comisión Delegada para asuntos de inteligencia, mediante una norma con rango de ley por haber sido recurrido el Real Decreto inicial del actual Gobierno que le lleva a realizar tal modificación mediante la reforma de una norma parlamentaria en la que se dispone dicha composición, la Ley 11/2002.

De aceptarse la constitucionalidad de la referida Ley –cuestión que como ya hemos señalado podría llegar a ser controvertida, pues no es descartable considerar que la misma priva al Gobierno de aquellas características propias que se derivan del reconocimiento constitucional de sus funciones con violación de la separación de poderes- no cabría poner en cuestión el rango de la norma necesaria para acometer la modificación de la composición de tal Comisión -no podría ser un mero Real Decreto tal como dispone el art 6 de la Ley del Gobierno, sino que habría de ser una norma con rango de ley, un Real Decreto-ley -, pero si cabría justificar que la extraordinaria y urgente necesidad del referido Real Decreto-ley 8/2020, consiste en la apreciación de que debe corresponder a un Gobierno que inicia su andadura decidir cuál deba ser

la estructura y composición de las Comisiones delegadas del nuevo Gobierno, precisamente con la finalidad de que las mismas estén en condiciones de desarrollar sus funciones con arreglo a las necesidades organizativas apreciadas por aquel que tiene reconocida la potestad de dirección del mismo, el Presidente del Gobierno. Máxime, además, reitero cuando se acaban de producir unas elecciones generales y la consiguiente investidura de un Presidente del Gobierno que ha procedido a una profunda reestructuración de la estructura del Consejo de Ministros desencadenada por ser la primera vez en nuestro país que se constituye un Gobierno de coalición.

Así, en ocasiones, la reestructuración del Gobierno puede requerir modificaciones puntuales de normas legales -como es el presente supuesto que precisamente por ello ha sido abordada mediante un Real Decreto-ley-; pero en tales supuestos, por tratarse de modificaciones que se refieren al ámbito natural de potestad del propio Gobierno, y que no tienen efectos *ad extra*, nuestro escrutinio del presupuesto de hecho habilitante debería adaptarse a tal circunstancia.

El decreto-ley es ciertamente una disposición legislativa provisional extraordinaria (no ordinaria) que puede dictar el Gobierno en los casos y con los límites establecidos en el art. 86.1 CE. Se trata de una excepción (prevista en la Constitución) a la atribución a las Cortes Generales de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 CE). Sin embargo, el rigor en el control a realizar por este Tribunal puede verse modulado precisamente cuando nos encontremos ante la regulación de determinados contenidos que se vinculan con las potestades y funciones del propio Gobierno y de su Presidente.

3. Sin perjuicio de la consideración anterior, expresé una segunda discrepancia en relación con la apreciación de si se daba un supuesto, tal como se desprende de nuestra doctrina, que requiriese una acción normativa inmediata o que exigiese una rápida respuesta en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, pues creo, como ya expuse en la deliberación, que este Tribunal hubiera debido realizar una reflexión en relación acerca de cómo la crisis provocada por la pandemia del COVID-19 ha afectado a la acción normativa de las Cámaras.

En efecto, es indudable que de nuestra norma fundamental se deriva la exigencia de que durante los estados de crisis recogidos en el artículo 116 CE el funcionamiento de las Cámaras, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no pueda verse interrumpido (apartado 5 del referido art. 116 CE). Es, precisamente, la posibilidad de que se produzca una afección de los derechos fundamentales durante la vigencia de tales estados excepcionales lo que justifica que sean precisamente aquellos órganos donde toman asiento los representantes de los

ciudadanos los que no puedan ver interrumpida sus funciones, tanto legislativas como de control, y fundamentalmente aquellas vinculadas con la situación de excepción.

Sin embargo, esta exigencia constitucional de que no se produzca la interrupción en el funcionamiento de las Cámaras durante los estados de excepción no supone que tal funcionamiento, y sobre todo aquel vinculado con aspectos ordinarios no necesariamente relacionados con la situación de pandemia y sus efectos, no pueda verse de alguna manera afectado, que no interrumpido, por la referida situación. Así se corroboró con la suspensión del cómputo de los plazos reglamentarios que afectaban a las iniciativas que se encontraban en tramitación en el Congreso que se produjo por Acuerdo de la Mesa de 19 de marzo de 2020.

Por tanto, en el presente supuesto cabría plantearse si las circunstancias existentes en el momento de dictarse la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020 -el 17 de marzo de 2020, por tanto, en pleno estado de alarma declarado apenas 3 días antes por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo-justificaban la utilización de la norma excepcional para adecuar de modo inmediato la acción gubernamental mediante la reforma de la composición de la referida Comisión delegada, ante la ralentización de la actividad legislativa ordinaria como consecuencia de la declaración del estado de alarma para hacer frente a la crisis provocada por la pandemia del COVID-19, crisis que manifiestamente era una circunstancia difícil o imposible de prever.

Es indudable que la situación de pandemia no interrumpe, pues no podría, las funciones de las Cámaras, pero es indudable también que sí puede ralentizar aquellos procedimientos legislativos que no se encuentran más directamente vinculadas con la propia situación excepcional y sus consecuencias.

Considerar que es posible, e incluso conveniente, que las Cámaras sigan actuando con normalidad, mediante el procedimiento ordinario o incluso mediante el procedimiento de urgencia, en la tramitación de leyes que no se vinculan con la situación excepcional e incluso que no tienen efectos inmediatos sobre los ciudadanos -como es el caso del presente Real Decreto-ley que se refiere a una materia de organización interna del Gobierno-, supone interpretar, desconociendo la realidad de la situación creada por la pandemia, que la situación excepcional no podría, bajo ninguna circunstancia, ralentizar ese normal funcionamiento de las instituciones parlamentarias. Ralentización que considero, sin embargo, que si bien en ningún caso sería posible que afectase a las funciones de la Cámara relacionadas con la situación excepcional, sí podría ser posible, e incluso conveniente, en relación con aquellos supuestos no vinculados con aquella.

Sobre este tipo de supuestos si cabría considerar posible una ralentización de la actividad ordinaria de las Cámaras derivada de la pandemia del COVID-19, que requiriese, sin embargo,

una acción normativa rápida mediante un Real decreto-ley que efectivamente no pretende otra cosa que conformar un órgano del Gobierno, una Comisión Delegada, una vez se ha producido el nombramiento de un nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales.

4. Finalmente, y tal y como expuse en la deliberación, no puedo dejar de manifestar mi sorpresa al examinar el contraste entre la flexibilidad en el control del presupuesto de hecho habilitante que este mismo Tribunal ha aplicado sobre aquellos Reales decretos-leyes restrictivos de derechos que se dictaron bajo una situación de crisis económica y la rigidez que se observa ahora en el control del presupuesto de hecho habilitante de los Reales decretos-leyes dictados en materia de autoorganización del Gobierno bajo una situación de pandemia.

El aumento de la competitividad y el fomento del funcionamiento eficiente de los mercados justificaron para este Tribunal la adopción en su día de todo tipo de medidas restrictivas de derechos sociales mediante la normativa gubernamental de urgencia. Prácticamente cualquier medida que se afirmase que favorecía la recuperación económica se consideraba por este Tribunal que cumplía con el requisito de la urgencia. Así, y a mero título de ejemplo, este Tribunal ha considerado que concurría el presupuesto de hecho habilitante en: la STC 199/2015, en la que se procedió al control de un Real Decreto-ley ómnibus, el 8/2014, que contenía nada menos que más de un centenar de artículos sobre las más diversas materias económicas; las SSTC 156/2015 y 119/2016, donde se trataba de controlar el Real Decreto-ley 20/2012, que recogía medidas restrictivas de determinados derechos de los funcionarios, así como medidas de liberalización en materia de horarios comerciales; las SSTC 26/2016, 67/2016 y 84/2016 en las que este Tribunal examinó el cumplimiento del presupuesto de hecho habilitante por el Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, que recortaba el gasto educativo afectando a la calidad de la enseñanza; o finalmente las SSTC 139/2016, 183/2016, 33/2017, 63/2017 y 64/2017, en las que se impugnaba el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que cambió nuestro sistema de salud de un sistema universal a un sistema de aseguramiento, además de proceder al recorte de prestaciones y derechos.

En todas estas sentencias se planteó ante este Tribunal la necesidad de controlar unas normas con rango de ley de gran calado dictadas por el Gobierno con evidentes efectos sobre la vida de los ciudadanos y concluimos que, sin necesidad de efectuar un juicio político que este Tribunal tiene vedado, se había cumplido el presupuesto de hecho habilitante con fundamento en la concreta coyuntura económica y en la necesidad de propiciar el crecimiento de la productividad y la competencia.

Ahora se nos plantea el control de diversas normas en las que un Gobierno recién investido pretende acomodar su propia organización interna en plena situación de pandemia y el Tribunal no tiene en cuenta, sin embargo, tales circunstancias a la hora de valorar la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante.

5. Recapitulando, en primer lugar, la sentencia de la mayoría no ha tenido en cuenta la necesidad de respetar aquellas potestades que nuestro ordenamiento ha atribuido ordinariamente al Gobierno y al Presidente del Gobierno en materia de organización de su gabinete. Las modificaciones abordadas por las disposiciones impugnadas se enmarcan en un proceso de reestructuración del Gobierno que corresponde impulsar a su Presidente. Si de tal reestructuración se deriva la necesidad de realizar determinadas modificaciones legales, el instrumento del que dispone el Gobierno para llevarla a cabo es el Real Decreto-ley, y nuestro escrutinio del presupuesto de hecho habilitante debería haber tenido en cuenta la referida posición constitucional del Gobierno.

En segundo lugar, la sentencia de la mayoría admite la necesidad de la reforma abordada por las disposiciones del Real Decreto-Ley impugnadas, pero rechaza su urgencia, para lo cual no entra a valorar el argumento de que la posibilidad de modificar con cierta celeridad la composición de la Comisión delegada a través del procedimiento legislativo se había visto radicalmente alterada por la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 en la que se habrían centrado los esfuerzos de la acción del Gobierno desde entonces. Sin embargo, considero que era razonable sostener que, una vez desencadenada la pandemia, esos cambios normativos en materia de organización del nuevo Gobierno, que la sentencia de la mayoría no niega que sean necesarios, tendrían una mayor dificultad para ser aprobados en un plazo razonable mediante los procedimientos parlamentarios.

En definitiva, considero manifiestamente desproporcionado que este Tribunal exija que si el Presidente del Gobierno estima necesario estar representado en una Comisión relevante de su propio Gobierno por el Jefe de Gabinete de la Presidencia en lugar de por su Secretario General, -como así lo estimaron en el pasado otros Presidentes que procedieron a adoptar por mero Real Decreto la composición de esa misma Comisión Delegada para asuntos de inteligencia-deba obligatoriamente promover una reforma legislativa, máxime en un momento de crisis sanitaria muy grave, en el que el Parlamento tiene otras cuestiones perentorias que atender. Y lo mismo puede decirse si lo que la necesidad política exige es la incorporación a una determinada Comisión Delegada relevante de un Vicepresidente del Gobierno que permita estar representada en la Comisión, desde la constitución del Gobierno, a la fuerza política que complementa el Gobierno de coalición legítimamente investido por el Parlamento de la Nación.

Madrid, a 13 de mayo de dos mil veintiuno.