

Els acords polítics dels ens locals i el dret d'expressió

EDUARD PARICIO RALLO

*Magistrat de la Secció Cinquena
de la Sala Contenciosa Administrativa
del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*

- 1. Els actes de vocació estrictament política**
 - 1.1. Formulació legal: de la immunitat històrica al control creixent
 - 1.2. Diversitat dels enfocaments jurisdiccionals
 - 1.2.1. Actes sense repercussió jurídica
 - 1.2.2. Pronunciaments que envaeixen competències alienes
 - 1.2.3. Imperatiu d'imparcialitat respecte a les declaracions polítiques
 - 1.2.4. Elements judicialment assequibles
- 2. El dret d'expressió de les entitats locals i el dels regidors**
 - 2.1. La naturalesa política dels ens locals i la llibertat d'expressió
 - 2.2. La llibertat d'expressió dels electes locals
- 3. Els pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre la declaració de sobirania del Parlament de Catalunya**
- 4. Recapitulació**

Resum

Aquest article aborda el control jurisdiccional dels actes i decisions de les administracions locals que tenen una naturalesa política, des de la inicial exclusió de la jurisdicció contenciosa administrativa, fins a la situació actual de control ple. Hom posa de manifest les diverses doctrines que han anat utilitzant els tribunals per abordar l'enjudiciament d'aquests tipus d'actes, i quins haurien de ser els paràmetres a considerar per a la construcció d'un model teòric més sòlid en aquest camp.

Paraules clau: *actes polítics de les administracions locals.*

Article rebut el 19/07/2016; acceptat el 12/10/2016.

Political agreements of local entities and freedom of expression

Abstract

This article studies the judicial review of actions and decisions of local entities which are political in nature, which has evolved from its initial exclusion from the contentious administrative jurisdiction to the current full review. The article describes the doctrines used by courts in reviewing these kinds of actions and, afterwards, it analyzes the parameters for building a theoretical model in this field.

Keywords: political actions of local entities.

1

Els actes de vocació estrictament política

En la nostra història democràtica ha estat habitual l'adopció d'acords dels ens locals que es pronuncien sobre aspectes de naturalesa política, actes que no suposen l'exercici d'una potestat sinó la simple manifestació d'una inquietud social a propòsit de successos generals, com ara declaracions de dol, el rebuig d'atemptats, o la presa de posició contra la violència de gènere; també expressions de solidaritat, de reconeixement o reprovació d'iniciatives generals o de persones que destaquen per alguna raó; o manifestacions de caràcter ideològic.

La varietat de pronunciaments que les administracions locals han efectuat en aquest terreny és prou àmplia: des de meres manifestacions, fins a resolucions adoptades amb un format jurídic encara que amb un contingut simbòlic; des de decisions sense gaire versemblança pràctica com ara la declaració de municipi desnuclearitzat, fins a actes que, tot i mantenir un fort contingut polític, inclouen decisions de naturalesa jurídica. Una altra cosa és què cal entendre per naturalesa jurídica.

La qüestió es planteja als efectes de determinar fins a quin punt és possible el control jurisdiccional d'aquestes decisions, o en quina mida les administracions poden manifestar-se lliurement en aquest àmbit.

1.1

Formulació legal: de la immunitat històrica al control creixent

La dada de partida que cal considerar és el tractament que els actes de naturalesa política han rebut en les lleis jurisdiccionals.

La primera jurisprudència del règim contemporani es va generar sota la vigència de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de l'any 1956. Una llei que responia en bona mida al context en el que va néixer el dret administratiu d'arrel continental, específicament al dogma de la separació de poders, de manera que si bé ja s'admetia plenament el control dels actes d'autoritat, encara es mantenia l'exclusió dels actes polítics.

L'exposició de motius de la Llei justifica aquesta exclusió en el fet que la jurisdicció s'ha de limitar a l'aplicació del dret administratiu, de manera que només les resolucions sotmeses a aquesta branca del dret són susceptibles de control jurisdiccional. Es concreta en aquest sentit que els actes polítics no són una variant dels actes discrecionals caracteritzada per un grau màxim de discrecionalitat, sinó que es tracta d'actes essencialment diferents, ja que la funció política és diferent de la funció administrativa.

Consegüentment, l'article 2 de la Llei va excloure de la jurisdicció contenciosa administrativa: *“Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”*.

Alhora, l'exposició de motius limita la categoria d'acte polític exclusivament als actes provinents dels òrgans suprems de l'Estat, més concretament del Govern (article 2). Per tant, la Llei no concep la possibilitat d'actes polítics adoptats per les administracions locals.

Aquesta exclusió dels actes polítics va quedar qüestionada a partir de la Constitució com a conseqüència de diversos principis, específicament els següents: la submissió dels poders públics a la Constitució i a l'ordenament; el dret a la tutela judicial efectiva, dret que queda configurat sense excepcions materials; la clàusula d'interdicció de l'arbitrarietat com a mandat que es refereix als poders públics en general; o el principi de legalitat, que és un imperatiu que afecta tota l'actuació de l'Administració sense excepcions.

Consegüentment el nou règim constitucional va suposar l'abandó de la categoria dels actes polítics.

La nova Llei jurisdiccional de l'any 1998 respon a aquest nou plantejament. L'exposició de motius de la Llei argumenta que el principi de submissió de tots els poders públics a l'ordenament jurídic impedeix que s'exclouï del control jurisdiccional una categoria de decisions, tota una esfera de l'actuació del Govern. La Llei reconduïx la qüestió a la lògica dels actes discrecionals, encara que va més enllà ja que el control dels tribunals no queda limitat als elements reglats de la resolució, com succeeix

en la doctrina clàssica dels actes discrecionals, sinó que s'hi afegixen altres aspectes susceptibles de fiscalització com ara la protecció dels drets fonamentals i també la determinació de les indemnitzacions que s'escaiguin.

D'aquesta manera es desborda en certa mida el plantejament general de l'article primer de la Llei, en el sentit que el control jurisdiccional pot anar més enllà de l'actuació de les administracions públiques sotmeses al dret administratiu. En aquest tipus de decisions de base política, l'òrgan jurisdiccional haurà d'abordar les qüestions referides a la protecció dels drets fonamentals o l'establiment d'indemnitzacions, independentment que quedin referides a actuacions situades extramurs del dret administratiu en sentit estricte, com succeeix també amb el control de l'arbitrarietat dels poders públics, control que va més enllà de la infracció de les normes per entrar en el camp de la raonabilitat de la decisió adoptada.

El cas és que l'article 2 refereix aquest plantejament als actes del Govern o dels consells de govern de les comunitats autònomes, independentment de la seva naturalesa.

Així doncs, la Llei de l'any 1998 manté l'exclusió dels actes de les administracions locals. Un plantejament que respon a la idea expressada a la primera jurisprudència constitucional, en el sentit que l'Estat és el titular de la sobirania, mentre que les comunitats autònomes es caracteritzen per la seva autonomia política, i que les administracions locals disposen d'autonomia merament administrativa (STC 32/81).

Hi ha, doncs, una reticència a reconèixer la naturalesa política de les administracions locals, i a la consegüent adopció de decisions o manifestacions de naturalesa essencialment política per part de les mateixes. Un plantejament que, no obstant això, pugna amb la legitimació democràtica directíssima que gaudeixen els ajuntaments, i amb la seva naturalesa com a representants objectius de les respectives col·lectivitats locals. Sembla com si la política s'aturés a les portes dels municipis, com si no tingués a veure amb les qüestions locals.

Certament la funció legislativa queda limitada als àmbits estatal i autonòmic, però la política no només s'expressa a través de lleis formals, també ho fa mitjançant reglaments i ordenances, pressupostos, plans urbanístics o decisions singulars.

El cas és que la història del règim local va plena de decisions de naturalesa essencialment política, i ben segur que continuarà igual, perquè la vitalitat política de l'Administració local és un fenomen indiscutible en la nostra història. Un fenomen que alhora constitueix una font d'oxigenació democràtica del sistema.

Sigui com sigui, la transcendència de la qüestió ha disminuït molt a partir del nou plantejament jurisdiccional. Si el control de les decisions de base essencialment política ha quedat reconduït de fet a la tècnica clàssica del control dels actes discrecionals, estem allà mateix.

És més, potser convindria afegir a l'article 2 de la Llei jurisdiccional les decisions de les administracions locals, ja que, com s'ha dit, aquest precepte amplia l'àmbit del control jurisdiccional més enllà dels elements reglats, si més no té una major precisió.

1.2

Diversitat dels enfocaments jurisdictionals

El cas és que des de sempre els ens locals han efectuat manifestacions o han adoptat decisions de naturalesa essencialment política, decisions amb les que expressen les aspiracions o els sentiments de les col·lectivitats respectives, sovint més enllà de les competències locals en sentit estricte.

La jurisprudència ha abordat aquests pronunciaments amb una notable varietat de plantejaments. Vegem-ne algunes línies jurisprudencials característiques:

1.2.1

Actes sense repercussió jurídica

Tot i que hi ha coincidència en què la formulació de l'acte polític de la vella Llei jurisdiccional de l'any 1956 no era compatible amb la Constitució, el cas és que el Tribunal Constitucional va participar inicialment del plantejament de l'exposició de motius d'aquella norma, en el sentit que el control jurisdiccional s'havia de limitar a l'actuació de l'Administració regida pel dret administratiu.

Així, la sentència núm. 45/90 va abordar una reclamació formulada a l'Estat perquè dotés de més mitjans la infraestructura judicial del País Basc, que es trobava per sota de la mitjana estatal. El Tribunal va declarar en aquest sentit el següent:

[...] no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 CE, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Tit. V CE, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 CE. A este

género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes.

Por ello, la falta de respuesta a una genérica reclamación o solicitud de “dación de medios materiales y personales a la Administración de Justicia en el País Vasco”, aun entendida como un rechazo implícito de la misma, no puede considerarse como una actuación administrativa presunta, sometida al control judicial. En realidad, tal tipo de solicitud tendría encaje en el ejercicio del derecho de petición.

Més enllà encara, la sentència núm. 196/90 va declarar que l'afectació de drets fonamentals tampoc no obria l'accés a la jurisdicció contenciosa administrativa, accés que “*requiere como condición inexcusable que la lesión de derechos fundamentales que el actor invoque se haya producido por un acto que ratione materiae pueda ser conocido y enjuiciado por la correspondiente jurisdicción, en este caso por la del orden contencioso-administrativo*”.

Aquest plantejament ha quedat reformulat en la jurisprudència actual, en el sentit que l'exclusió del control jurisdiccional no depèn del fet que l'acte impugnat es regeixi o no pel dret administratiu, sinó de que tingui repercussió pràctica. En aquest sentit, les sentències del Tribunal Suprem de 9 de febrer de 2004 (recurs núm. 6363/2001) i de 7 de febrer de 2007 (recurs núm. 78/2003) inadmeten els recursos interposats, respectivament, contra un dictamen d'un òrgan consultiu autonòmic i contra una instrucció del Consell General del Poder Judicial, en la mesura que no tenen “força vinculant per a tercers” o no comporten “conseqüències jurídiques”.

En una sentència de 23 d'abril de 2008 el Tribunal Suprem analitza un acord municipal d'adhesió a una associació d'electes bascos –*Udalbiltza*– i arriba a la conclusió que l'acord impugnat no és més que una manifestació de voluntat política que escapa al control de legalitat. Qüestió diferent –diu el Tribunal– seria que l'Ajuntament hagués adoptat algun acord que excedís les competències locals, com ara l'aportació de subvencions per a determinades activitats. No és aquest el cas de la resolució impugnada, que qualifica de mera expressió d'una opinió en l'exercici d'un càrrec públic, expressió que no comporta l'exercici de potestats alienes, ni tan sols pròpies. El Tribunal conclou el següent (sentència de 23 d'abril de 2008, recurs núm. 10444/2003):

[...] la parte dispositiva del acuerdo no es otra cosa que la simple adhesión o incorporación a una entidad asociativa irregular, al no haber cumplido aquella el requisito que para la publicidad de sus actos se exige

en la legislación vasca de asociaciones y carente por ello de efectos prácticos, máxime cuando en el acuerdo municipal en cuestión no se contienen declaraciones susceptibles de producirlos en concreto, con el fin último de favorecer las finalidades puramente políticas que persigue el ente asociativo en cuyo favor se realiza la manifestación de adhesión e incorporación.

Aquesta línia jurisprudencial ha tingut una expressió relativament recent a Catalunya a propòsit dels recursos adreçats per la Delegació del Govern contra els acords municipals referits a la sobirania fiscal, i d'inici dels mecanismes adients per efectuar el pagament de l'IRPF i l'IVA a l'Agència Tributària de Catalunya.

En termes generals els jutjats van inadmetre els corresponents recursos, en considerar que es tractava d'una manifestació de contingut polític sense efectes jurídics. La secció primera de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va abonar aquesta posició (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 1a, sentència núm. 569/2014, de 26 de juny, recurs núm. 73/2014; ponent, Emilio Aragonés Beltrán):

[...] solo cabe residenciar ante los órganos jurisdiccionales aquellos actos que quepa calificar de jurídicos, esto es, declaraciones de voluntad que tienen por fin inmediato engendrar o destruir una relación de derecho. Por tanto, tratándose de manifestaciones políticas o declaraciones de intenciones, sin existencia en el mundo del derecho y, en todo caso, sin ninguna concreción ni efecto práctico ni jurídico posible, las pretensiones deducidas han de declararse inadmisibles.

Frente a ello, las alegaciones contenidas en el escrito de apelación no pueden, a juicio de la Sala, ser compartidas, pues no estamos ante la invocada doctrina del “acto político”, que presupone un contenido jurídico del acto, dictado en el ejercicio de funciones de dirección política o en el ámbito de las relaciones constitucionales con plenitud de efectos jurídicos, esto es, de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Un altre supòsit en aquest mateix sentit és el dels casos de resolucions municipals referides a la concessió o retirada d'honors i de distincions. El Tribunal Superior de Justícia de Madrid va abordar, l'any 2012, l'acord adoptat per l'Ajuntament de Madrid de retirada de determinats honors i distincions a l'anterior cap d'Estat, Sr. Francisco Franco. El Tribunal va desestimar el recurs, tot raonant el següent (sentència núm. 858/2012, de 31 de maig; recurs núm. 938/2010):

[...] el acto administrativo es una declaración de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos.

La producción de efectos jurídicos le diferencia de la expresión de simples intenciones u opiniones, de carácter meramente político o simila-

res, procedentes de cualquier órgano gubernativo o administrativo (por ejemplo, las denominadas “declaraciones institucionales”), ya que tales manifestaciones no tienen de por sí efectos jurídicos.

Dicha distinción tiene evidente relevancia jurídica y así, mientras todo acto administrativo es impugnabile ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las referidas declaraciones institucionales no lo son, precisamente, por su no sometimiento al Derecho Administrativo y por su carencia de efectos jurídicos.

Por ello, todas aquellas actuaciones constitutivas de una manifestación de voluntad, deseo, intenciones, etc. que no produzcan efectos jurídicos vinculantes, ni para su destinatario ni para terceros, no pueden calificarse como un acto residenciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.2.2

Pronunciaments que envaeixen competències alienes

En canvi, la jurisprudència ha estat constant en el rebuig de les resolucions municipals que considera que envaeixen competències alienes o que, simplement, excedeixen l'àmbit de les competències locals.

Normalment en aquests casos el Tribunal constata que no es tracta d'una mera manifestació formal o simbòlica, sinó d'una resolució amb efectes materials –amb repercussió jurídica– que, alhora, afecta competències alienes.

Aquest és el cas, per exemple, de la decisió d'un ajuntament basc consistent en una “negativa a col·laborar amb l'exèrcit, no sols amb el reclutament sinó també en general”. En aquest cas, el Tribunal constata que la Llei atribueix a l'Ajuntament la seva condició d'òrgan de reclutament i que l'acord aprovat té un contingut normatiu que envaeix la competència exclusiva estatal (TSJ País Basc, Sala Contenciosa Administrativa, sentència núm. 453/2002, de 17 de juny).

En el cas esmentat abans dels acords relatius a l'associació d'electes Udalbiltza, el Tribunal va abordar també resolucions de l'ens local atorgant subvencions, i va resoldre la qüestió valorant si es tractava de resolucions amb repercussió jurídica i, alhora, si excedien o no les competències de l'entitat local en qüestió. Així, es constata que l'associació no tan sols té finalitats polítiques referides al futur d'Euskal Herria en general, sinó que també persegueix objectius coincidents amb els de la Diputació foral, que va concedir una subvenció a l'associació esmentada, com era la promoció lingüística, cultural o social (Tribunal Suprem, sentència de 25 d'octubre de 2005, recurs núm. 3026/2003):

Ha de procederse con cautela a la hora de negar la licitud del otorgamiento de una subvención por parte de un ente público para satisfacción de finalidades que entran en el ámbito de su competencia, cuando esa subvención ha sido otorgada a favor de una entidad cuya legal constitución y registro como asociación no aparece controvertido ni ha sido objeto de impugnación, y que se propone actividades de promoción de esas mismas finalidades. Y ello es así aunque pudieran considerarse teológicamente encaminadas a potenciar la existencia y diferenciación de Euskal Herria como nación y su reconocimiento en el ámbito internacional, en tanto no conste que ese reconocimiento pretenda extravasar “el sentido de su propia nacionalidad” que expresamente reconoce el Estatuto de Autonomía; con mayor razón todavía desde el momento en que la destinataria de la subvención ha dejado claramente estipulado su propósito de exclusiva utilización de vías democráticas y legales en la consecución de sus fines.

En canvi, la solució és diferent si es tracta d'un ajuntament (Tribunal Suprem, sentència de 21 de juny de 2006, recurs núm. 10442/2003):

[...] no nos encontramos, pese a que el destinatario final de la subvención sea la misma Asociación, en supuestos idénticos.

Ciertamente tanto en el caso de autos como en aquellos estamos ante entes locales, si bien allí de ámbito provincial y aquí ante un ente municipal, es decir de ámbito territorial más limitado.

Otra diferencia sustancial es que si bien en los precitados supuestos consta acreditada la suscripción de un convenio para la cooperación, desarrollo de la organización y actividades de las entidades locales mediante los mecanismos que permiten un control de su cumplimiento, incluyendo el reintegro de la subvención y rescisión de aquel, tal hecho no queda aquí justificado.

En el supuesto a que se contrae la sentencia objeto de recurso de casación exclusivamente figura la asignación de una partida asignada a Udalbiltza en la sesión ordinaria del Ayuntamiento de Alegría-Dulantzi de 11 de enero de 2001, acto origen de las actuaciones procesales.

Sentado lo anterior ninguna duda ofrece que no resulta aplicable la jurisprudencia expresada en las sentencias precitadas.

En consonancia con la doctrina anteriormente expuesta no ofrece duda el abanico competencial del art. 25 LBRL, en concreto su apartado 2 m) en el que cabría encuadrar; tal cual aduce aquí el municipio, [...].

[...] tanto material como territorialmente no queda justificada en el supuesto de autos que dicha asignación surta efectos en el término muni-

cipal, único territorio que, conforme al art. 12 LBRL, ejerce sus competencias el Ayuntamiento. Son los vecinos del municipio no solo los que contribuyen a las cargas municipales sino también los beneficiarios de los servicios públicos municipales que constituyan sus competencias. En tal sentido resulta certera la sentencia de instancia cuando afirma que la autonomía local, constitucional y legalmente consagrada, nunca es expresiva de soberanía y sí alusiva a los poderes limitados que señala la STC 84/1982, de 23 de diciembre, es decir para la gestión de sus respectivos intereses que, como ya hemos declarado, se encuentran constreñidos al respectivo ámbito territorial.

En el mateix sentit es manifesta la sentència de 26 de setembre de 2006, cassació núm. 1795/2004.

Com s'ha dit, en els casos expressats el Tribunal constata la repercussió material o jurídica de la resolució, per després contrastar-la amb les competències pròpies de l'entitat local. Hi ha altres casos, però, en què la primera constatació sobre la repercussió material queda obviada, o es fa en termes molt hipotètics.

En la sentència de 25 de març de 1998, recurs núm. 3852/1992, el Tribunal Suprem es va referir a un acord que ordenava instal·lar pasquins prohibint el trànsit pel terme municipal de vehicles que transportessin residus tòxics, incloent-hi alhora una declaració de municipi desnuclearitzat. El Tribunal va desqualificar aquest acord, tot declarant el següent:

[...] por lo que se refiere a las sustancias y materias nucleares y las disposiciones y los actos que se dicten sobre estas materias la competencia corresponde al Estado. De ello se deduce que por dicha razón el acuerdo municipal sobre el que ahora se discute es contrario a Derecho al carecer el Ayuntamiento de competencia en esta materia.

Esta declaración de disconformidad con el ordenamiento no debe limitarse a la prohibición de que circulen por el término municipal vehículos transportando residuos tóxicos (cuestión respecto a la que debe confirmarse la Sentencia del Tribunal a quo) sino que ha de extenderse también a la declaración de municipio desnuclearizado. Respecto a dicha declaración la Sala, a la vista del planteamiento del caso de autos, no puede compartir el criterio del Tribunal Superior de Justicia, ya que no se trata en el supuesto enjuiciado de una mera declaración municipal que podría eventualmente haberse publicado en los medios de información sino de un acto administrativo aprobado en forma por el Pleno del Ayuntamiento y que eventualmente podría producir efectos en derecho. En consecuencia no puede considerarse el punto tercero del acuerdo municipal solo como manifestación de la libertad de expresión, debien-

do dársele el tratamiento de un acto administrativo cuyo contenido contraviene el ordenamiento jurídico por las mismas razones que expresa la Sentencia apelada al recoger nuestra jurisprudencia.

En aquest darrer cas, l'acord impugnat inclou una actuació pràctica amb eventuais conseqüències jurídiques, com és la col·locació dels pasquins prohibint la circulació de vehicles amb matèries nuclears, però l'anul·lació s'estén també a la mera declaració de municipi desnuclearitzat, tot considerant que també aquesta declaració podria arribar a tenir efectes materials, encara que no s'hi esmenta quins podrien ser. En aquest punt la sentència entronca amb els pronunciaments inicials sobre aquests tipus d'acords. Així, una sentència del Tribunal Suprem de 3 febrer de 1988 també es va mostrar contrària a una simple declaració del municipi com a “zona no nuclear”, considerant-se en aquest cas que l'Ajuntament havia exercit una potestat que excedia els fins propis, i que no podia immiscir-se en competències estatals ni tampoc condicionar-ne o orientar-ne l'exercici.

1.2.3

Imperatiu d'imparcialitat respecte a les declaracions polítiques

Els acords de perfil essencialment polític com els que analitzem, han estat abordats en ocasions a partir del principi d'objectivitat inherent a les administracions públiques.

El Tribunal Superior de Justícia del País Basc va abordar, l'any 2014, la impugnació per part de la Delegació del Govern contra la col·locació d'una pancarta al balcó del Palau foral, amb el lema “*Derechos humanos, solución, paz, presos vascos a Euskal Herria*”, concretament es tractava del recurs d'apel·lació contra la sentència del Jutjat que va declarar la nul·litat d'aquesta actuació i va ordenar la retirada del pasquí.

La sentència raona el següent (TSJ del País Basc, sentència núm. 348/2014, de 14 de juliol; recurs núm. 229/2014):

[...] la razón del pronunciamiento de nulidad de la actuación recurrida no es ya la vulneración del derecho a la dignidad de las víctimas del terrorismo, proclamado por el artículo 6.1 de la Ley 4/ 2008 de 19 de junio del Parlamento Vasco, sino la vulneración de los principios de objetividad y de neutralidad política que deben respetar las entidades de régimen local.

[...]

La sentencia recurrida no niega el derecho de los órganos de representación y gobierno de la entidad local o de sus miembros de expresar sus ideas u opiniones o de formular declaraciones de carácter reivindicativo, social o político.

La actuación recurrida no ha tenido por objeto una manifestación o expresión de esa naturaleza, dentro del respeto a las leyes y al régimen de competencias de la Administración local, mejor dicho, sin injerencia en las competencias de otras Administraciones o poderes públicos.

Lo que la sentencia de instancia ha examinado es una actuación material marcada por su parcialidad (uti singuli) y adhesión a una determinada opción ideológico-política, cosa bien distinta de una reivindicación o declaración favorable a la aplicación uti universi de determinadas medidas o beneficios legales.

Certament el principi d'objectivitat queda establert a l'article 103 de la Constitució com un dels principis essencials de les administracions públiques. Ara bé, no és menys cert que el govern de les administracions en general correspon a una majoria que ha estat elegida d'acord amb un particular programa polític, programa que té el dret a portar a la pràctica amb la protecció que atorga l'article 23 de la Constitució espanyola. D'aquesta manera, les decisions responen a una determinada parcialitat política que és consubstancial al sistema democràtic; això és la parcialitat de la majoria.

És clar que això no pot suposar que es deixi de banda el principi d'imparcialitat de l'Administració, de manera que cal fer un esforç per articular bé l'encaix d'aquest principi amb la parcialitat intrínseca al sistema de representació política.

Doncs bé, novament tornem a la vessant genuïnament política de les administracions locals. La Constitució predica la imparcialitat de l'Administració pública com a gènere: "L'Administració pública serveix amb objectivitat els interessos generals [...]", formulació que repeteix l'article 3 de la Llei 30/92. Una objectivitat que queda referida específicament al compliment dels interessos generals. Succeeix però que els interessos generals no són fixats per l'Administració sinó pel Govern, i així succeeix en tots els nivells de Govern, també pel que fa a l'àmbit local (article 3.3 de la Llei 30/92):

Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas y de los correspondientes de las entidades que integran la Administración local, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

El Govern defineix els interessos generals i fixa les prioritats en l'exercici d'una funció intrínsecament política, a partir de concepcions ideològiques i de partit que no són objectives, i a l'Administració pertoca executar objectivament uns i altres. Aquesta és una dicotomia que es reproduïx a l'àmbit local segons que estableix la mateixa Constitució: "La Constitució garanteix l'autonomia

dels municipis, els quals gaudiran de personalitat jurídica plena. El govern i l'administració municipal correspon als respectius ajuntaments" (article 140).

Certament l'article 6 de la Llei de bases del règim local refereix l'imperatiu d'objectivitat a l'ens local en el seu conjunt, no a l'administració de l'ens en particular. Ara bé, cal interpretar aquesta referència en els termes constitucionals esmentats.

En definitiva, és natural que el Govern del municipi determini quins són els interessos generals i quines les prioritats que haurà d'atendre objectivament l'Administració del municipi. Una funció que desplega bé mitjançant instruments normatius o de planificació, bé a partir de resolucions singulars. El límit d'aquesta funció de govern és l'ordenament jurídic; això és, el conjunt de lleis i, eventualment, els principis generals com ara el d'interdicció de l'arbitrarietat, però no el principi d'objectivitat en sentit estricte.

El Tribunal Suprem s'ha pronunciat recentment sobre l'imperatiu d'objectivitat de les administracions locals a propòsit d'un recurs referit a la presència d'una bandera estelada a un local municipal en el moment de les eleccions. El Tribunal invoca en aquest cas el principi d'imparcialitat, amb un caràcter força general (sentència de 28 d'abril de 2016, recurs núm. 827/2015):

[La colocación de la bandera es] incompatible con el deber de objetividad y neutralidad de los Poderes Públicos y las Administraciones, en la medida en que estos toman partido por una posición parcial, es decir, no ajustada a ese deber de neutralidad o equidistancia, sino alineada con las pretensiones de un grupo de ciudadanos con inevitable exclusión del resto, y hacemos nuestra también la afirmación de que lo relevante no es que la bandera cuestionada pertenezca a un partido, o se identifique con una concreta formación política, sino que no pertenece a –es decir, no se identifica con– la comunidad de ciudadanos que, en su conjunto, y con independencia de mayorías o minorías, constituye jurídicamente el referente territorial de cualquiera de las Administraciones o Poderes Públicos constituidos en el Estado español, en la Comunidad Autónoma de Cataluña o en la provincia de Barcelona, y por tanto su uso por cualquiera de esas Administraciones o Poderes quiebra el referido principio de neutralidad, siendo notorio que la bandera “estelada” constituye un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes.

El cas és que el Tribunal refereix el deure d'imparcialitat no a l'Administració sinó al Govern del municipi, atès que la col·locació de la bandera obeïa a un acord del ple.

Ara bé, cal considerar que el cas té peculiaritats significatives. En primer lloc, es refereix a la col·locació de la bandera en un recinte que actua com a administració electoral. El mateix Tribunal assenyala la necessitat pe-

remptòria d'extremar l'objectivitat davant l'acte formal de votació per part dels electors, un acte que queda protegit i aïllat del debat polític ordinari.

En segon lloc, la sentència es refereix a la utilització d'uns símbols, com ho són les banderes; això és, a la utilització institucional d'un símbol aliè als símbols objectivats i formalment establerts per la normativa. Un aspecte que certament ha de merèixer un tractament especial.

1.2.4

Elements judicialment assequibles

Segons que s'ha avançat, l'antiga Llei jurisdiccional establí una condició per permetre el control dels tribunals en el sentit que l'acte impugnat provingués d'una administració pública i es regís pel dret administratiu. Aquesta condició va ser superada pel ple del Tribunal Suprem a partir de tres sentències de 4 d'abril de l'any 1997; per tant, anteriors a la Llei jurisdiccional de l'any 1998.

Aquestes sentències van ser dictades a propòsit de l'oposició, per part del Govern, a desclassificar una documentació demanada per un jutjat d'ins-trucció. Segons la STS de 4 d'abril de 1997, recurs núm. 726/1996:

Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar; esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24-1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente assequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.

Es esta idea de “conceptos judicialmente assequibles”, la que nos lleva a afirmar que si claramente establecíamos la vinculación entre los documentos, su clasificación como secretos y la seguridad del Estado, no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminan totalmente la afección a dicha seguridad o bien la aminoren en términos que –ponderando los intereses jurídicos en juego– nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación.

En aquesta sentència el Tribunal no va qüestionar la constitucionalitat de la Llei de secrets oficials que permetia negar la informació demanada pel Jutjat. Al contrari, va entendre que la documentació en qüestió es referia a midos contra l'activitat terrorista i afectava la seguretat i defensa de l'Estat, però va considerar que el Tribunal podia valorar la intensitat relativa d'aquest interès públic enfront del dret fonamental a la tutela judicial efectiva, per tal d'establir l'eventual prevalença d'aquest dret. Una prevalença que en efecte va establir tot valorant el fet que la instrucció penal es referia a la investigació d'uns atemptats contra la vida de persones.

Com es pot veure, no sols es van obrir nous camps al control jurisdiccional més enllà dels actes regits pel dret administratiu, sinó que l'àmbit de l'arbitri judicial es va ampliar significativament, atès que el Tribunal va entrar a valorar una situació més enllà de la regulació per legislació ordinària, per aplicació directa dels principis constitucionals. Un plantejament que pot portar a una intervenció tendencialment il·limitada dels tribunals, perquè és habitual que les actuacions dels poders públics incideixin en algun dret fonamental, i és ben difícil trobar alguna en la que no jugui el principi d'interdicció de l'arbitrarietat.

De fet, aquestes sentències van comptar amb sis vots particulars, vots que van posar de manifest que la resolució objecte de recurs va ser anul·lada sense indicar els vicis de legalitat de la mateixa, que la desqualificació del criteri del Consell de Ministres no es va efectuar sobre la base d'un control jurídic, i que el Tribunal va entrar a definir què era el que calia entendre en aquest cas com a seguretat de l'Estat, un concepte de naturalesa política i no jurídica.

Aquesta reconducció del control jurisdiccional als conceptes judicialment assequibles és el plantejament actualment vigent en la jurisprudència ordinària. Tanmateix, aquesta idea no es pot considerar pròpiament un avanç si no es defineix amb una certa precisió què és allò assequible als tribunals.

Doncs bé, la jurisprudència més actual ha assimilat la situació a la dels actes discrecionals (Tribunal Suprem, sentència de 20 de novembre de 2013, recurs núm. 13/2013):

[...] resulta hoy irrelevante la tradicional e histórica construcción de los actos políticos o de dirección política –como mecanismo de exención del control jurisdiccional– pues su control jurisdiccional no ofrece dudas, pero, obvio es, que circunscrito a los límites o requisitos previos que haya podido establecer el legislador mediante los citados “conceptos judicialmente assequibles”. Por ello, en la práctica, no resulta apreciable –situados en dicho ámbito– ninguna diferencia entre este control jurisdiccional y el que opera respecto de los actos discrecionales, que se realiza, fundamentalmente, mediante el control de los elementos reglados. Dicho de

otro modo, este tipo de actos políticos o de dirección política no son en la actualidad sino decisiones para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye un amplísimo –máximo, si se quiere– margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo para apreciar “los que sean de interés público”, pero sin que, en modo alguno, ello comporte una distinta naturaleza de estos actos en cuanto a su control jurisdiccional, ni merezcan, por consiguiente, una denominación diferenciada de los mismos, pues están sometidos a las reglas generales de vinculación a la Ley y al Derecho y de control judicial de los actos discrecionales de la Administración.

Ara bé, el control dels actes de govern no es limita als elements reglats. Com s'ha avançat, la vigent Llei jurisdiccional atribueix a la jurisdicció el control dels actes del Govern central i dels governs autonòmics en allò que es refereix a la protecció dels drets fonamentals, la fiscalització dels elements reglats o la determinació d'indemnitzacions, de manera que juntament amb el control dels elements reglats es manté en paral·lel el plantejament de les sentències de l'any 1997 pel que fa a la protecció dels drets fonamentals. Un control que, almenys en aquell cas emblemàtic, es va produir sense peu en la legislació ordinària i sense limitar-lo als elements reglats de la decisió del Consell de Ministres, sinó sobre la base d'una ponderació de valors directament derivats de la Constitució.

Sigui com sigui, en el cas dels ens locals la Llei jurisdiccional no inclou cap previsió específicament referida a les decisions de govern. Cal deduir-ne, doncs, que la Llei jurisdiccional considera que tota l'actuació local es regeix pel dret administratiu i pot ser objecte d'un control ple, també les decisions de govern.

En aquest context, o bé la decisió no pot ser considerada pròpiament com un acte administratiu perquè no té naturalesa jurídica o no desplega conseqüències pràctiques, o bé estem davant un acte discrecional en sentit estricte.

2

El dret d'expressió de les entitats locals i el dels regidors

2.1

La naturalesa política dels ens locals i la llibertat d'expressió

Una part significativa dels acords als que ens referim consisteixen en la simple expressió d'una postura enfront de determinats fets, d'un desig, una petició o una declaració d'intencions. En definitiva, l'expressió d'un sentiment o una convicció.

Cal veure en quina mesura aquestes declaracions queden protegides per la llibertat d'expressió.

Doncs bé, inicialment el Tribunal Constitucional va establir que les institucions públiques no gaudien del dret fonamental a la llibertat d'expressió de l'article 20 de la Constitució (STC núm. 254/93), com tampoc no eren titulars de la llibertat d'informació (STC 14/93). Un plantejament que s'ha anat repetint amb posterioritat fins aquest mateix moment (Tribunal Suprem, sentència de 28 d'abril de 2016, recurs núm. 827/2015).

Cal remarcar que el nostre ordenament no limita la funció dels municipis a la gestió de competències concretes, sinó que els reconeix una funcionalitat com a llera de participació dels ciutadans en els assumptes públics i de canalització dels interessos i de les aspiracions de la col·lectivitat local. En aquest sentit es pronuncien l'article 86.1.3 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i l'article 1 de la Llei de bases del règim local. Per la seva banda, l'article 2 d'aquesta darrera Llei disposa que cal reconèixer als municipis, les províncies i les illes el dret a intervenir en els assumptes que afectin directament el cercle dels seus interessos. En aquesta mateixa lògica, la Carta europea de l'autonomia local estableix una clàusula competencial residual a favor de les entitats locals, de manera que els atribueix llibertat plena per exercir la seva iniciativa en qualsevol matèria que no estigui exclosa de la seva competència, o atribuïda a una altra entitat (article 4.2 de la Carta europea de l'autonomia local de 15 d'octubre de 1985, ratificada per l'Estat espanyol mitjançant instrument de 20 de gener de 1988).

D'aquest plantejament es desprèn inicialment una possibilitat relativament àmplia a l'hora d'adoptar iniciatives d'interès per al municipi, o que expressin el sentiment o les inquietuds de la col·lectivitat local que l'entitat representa.

L'ajuntament és quelcom més que un ens gestor de competències. No estem davant una mera agència administrativa, sinó davant una administració territorial. Aquesta dimensió del municipi com a representant d'una col·lectivitat concreta ens torna de nou a la naturalesa intrínsecament política dels ajuntaments. És difícil, en conseqüència, negar als ajuntaments legitimitat per canalitzar una llibertat d'expressió col·lectiva.

En aquest sentit, més enllà del plantejament general sobre la llibertat d'expressió de les institucions públiques, la nostra jurisprudència ha reconegut la necessitat de respectar les iniciatives locals que responguin merament a la llibertat d'expressió. Sobre això, el Tribunal Suprem ha manifestat el següent (sentència de 18 de maig de 1998, recurs núm. 5292/1992):

El Ayuntamiento, en el acuerdo plenario impugnado, se limita, por una parte, a manifestar, en la fundamentación o antecedente, su rechazo

a la revocación efectuada por quien fue gobernador civil de Navarra de un acuerdo anterior de la propia corporación por el que se realizaba un determinado nombramiento de “hijo predilecto” del municipio, y ello en sí mismo considerado, se comparta o no el criterio de los miembros de la corporación, no es sino la expresión de una opinión en el ejercicio de cargo público cuya libertad garantiza la propia Constitución (arts. 20 y 23). Y, por otra, en lo que pudiera entenderse parte dispositiva del acuerdo el Ayuntamiento no ejercita una potestad administrativa que no tenga atribuida, ni tan siquiera trata de ejercitar potestad administrativa alguna, sino que se limita a manifestar un “deseo de justicia”, una petición a la justicia franco-española de esclarecimiento de los hechos que el Ayuntamiento considera delictivos y de castigo de los culpables, así como a dar publicidad a los acuerdos para el conocimiento de los vecinos de Olazti. Posibilidad de solicitud que, desde el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el carácter público de la acción penal (art. 101 LECrim), no puede ser negada y que, incluso, no cabe considerar ajena a la capacidad de los municipios que, conforme a los artículos 2.1 y 25.1 LRBRL, pueden promover toda clase de actividades para la gestión de sus intereses y la satisfacción de aspiraciones de la comunidad vecinal.

El Tribunal Superior de Justicia del País Basc ha reconegut també aquesta llibertat d'expressió de les entitats locals, encara que vinculant-la amb la llibertat d'expressió dels membres de la corporació (sentència núm. 69/2010, de 8 de febrer; recurs núm. 86/2008):

La jurisprudencia ha deslindado con notable claridad los supuestos en que el municipio actúa por mero ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de tales corporaciones locales, incluso en asuntos que no son de la competencia estricta de las mismas, pero siempre al margen de la implicación de las potestades locales.

[...]

En el supuesto examinado, el segundo punto del acuerdo plenario, único que podría ser cuestionado pues el contenido del primero es un simple y cortés reproche al momento en el que se realiza la comunicación, el Ayuntamiento no prohíbe sino que “se opone” a las prácticas militares, es decir, no desautoriza los ejercicios militares invadiendo competencias que no le corresponden, sino más bien se revela, muestra su parecer disconforme con un hecho que se va a producir en el municipio, y que ya ha sido autorizado por la Administración con facultades para ello.

Por lo tanto, ante una mera expresión teórica carente de virtualidad operativa, desaparece el concepto de acto impugnabile e igualmente el de competencia o incompetencia para acordarlo.

Procede, en consecuencia, la estimación del presente recurso de apelación, con revocación de la sentencia apelada; y la desestimación del recurso contencioso-administrativo, con confirmación del acuerdo impugnado.

Aquesta suma de raons referides a la llibertat d'expressió, la manca d'efectes pràctics de la resolució i els drets dels regidors, es repeteix en la sentència del Tribunal Suprem abans esmentada sobre un acord d'adhesió a una associació d'electes municipals (sentència de 23 d'abril de 2008, recurs núm. 10444/2003):

Nos encontramos, en definitiva ante una manifestación de voluntad política semejante a las que de manera frecuente adoptan los órganos municipales, aun en asuntos de naturaleza extramunicipal

[...]

En definitiva lo que se impugna es una actividad municipal carente de efectos prácticos directos, que esencialmente se limita a expresar una opinión política como manifestación de la voluntad concorde de los miembros de la corporación, y, por tanto de los vecinos representados, en el ejercicio del derecho de participación y libertad de pensamiento de los arts. 23.1 y 20.1.a) de la Constitución, carente del contenido administrativo mínimo que la haría residenciable ante esta jurisdicción. Todo ello en línea con la jurisprudencia de este Tribunal manifestada en las sentencias de 18 de mayo de 1998 y 24 de marzo de 1999.

Així doncs, si bé es manté una jurisprudència que nega d'arrel la llibertat d'expressió de les institucions públiques en general i de les administracions locals en particular, també hi ha pronunciaments molt més matisats que admeten un cert marge en aquest sentit.

2.2

La llibertat d'expressió dels electes locals

Com s'ha vist, algunes sentències semblen fer derivar la legitimitat dels acords locals de la llibertat d'expressió no de l'ajuntament com a tal, però sí dels membres de la corporació, en una mena de vessant col·lectiva d'aquest dret.

Convé en conseqüència aprofundir en l'abast d'aquest dret dels regidors.

En primer lloc, la jurisprudència ha remarcat molt la diferència entre la llibertat d'expressió i el dret a la informació, ambdós recollits al mateix article 20 de la Constitució. En el primer cas es protegeix l'expressió d'opinions o idees, mentre que la llibertat d'informació es refereix a la difusió de fets o dades. En el primer cas el límit essencial és el dret a l'honor de la persona afectada, mentre que en el segon cas el límit rau en la veracitat de la informació divulgada o, més exactament, en el deure de contrastar-la raonablement (STC núm. 216/2013):

[...] hemos insistido en numerosas ocasiones en la necesidad de distinguir entre “los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones, incluyendo las apreciaciones y los juicios de valor, y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables” [...]. La distinción no es baladí pues la veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, condiciona la legitimidad del derecho a la información, requisito que, sin embargo, no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos [...]. Todo ello sin perjuicio de que, en muchos casos, no sea fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos.

L'aspecte més present a la jurisprudència ha estat precisament la tensió entre la llibertat d'expressió i el dret a l'honor. Una jurisprudència que el Tribunal Constitucional ha desenvolupat a partir dels molts recursos d'empara interposats contra sentències penals de condemna per manifestacions injurioses contra càrrecs públics. Aquesta jurisprudència ha prioritzat notablement la llibertat d'expressió, en la mesura que constitueix un pressupòsit bàsic per a l'existència d'una opinió pública lliure, alhora essencial per al sistema democràtic.

La jurisprudència ha establert la frontera entre un dret i l'altre, d'acord amb determinats criteris que són els següents (Tribunal Constitucional, sentència núm. 216/2013):

[...] la protección del art. 18.1 CE solo alcanza “a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo,

cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido” [...].

También es doctrina constitucional reiterada que la ponderación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho al honor y la determinación de sus límites requiere tener en cuenta diversas circunstancias como –el juicio sobre la relevancia pública del asunto, el tipo de intervención y, por encima de todo, el dato de si, en efecto, contribuyen o no a la formación de la opinión pública, incidiéndose en que este límite se debilita o pierde peso en la ponderación a efectuar cuando los titulares del honor ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, siendo en estos casos más amplios los límites de la crítica permisible, pues estas personas están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna [...] [T]ambién se ha puesto de manifiesto que, incluso en el ámbito en el que los límites de la crítica permisible son más amplios, la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, lo que significa que de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE, están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate.

La protecció de la llibertat d'expressió enfront del dret a l'honor ha estat especialment intensa quan les crítiques s'adrecen a un personatge públic, específicament als càrrecs públics. En aquests casos el Tribunal ha remarcat la necessitat d'una “*mayor tolerabilidad, o deber de resistencia a la crítica, exigible a los personajes públicos*” (STC 89/10). Segons la STC 216/06:

[...] los límites de la crítica admisible son más amplios respecto de un hombre político”, a diferencia de un simple particular, puesto que “se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por la totalidad de los ciudadanos; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia”. [...] ya hemos afirmado en otras ocasiones, especialmente cuando los afectados son titulares de cargos públicos, estos han de soportar las críticas o las revelaciones aunque “duelan, choquen o inquieten” (STC 76/1995, de 22 de mayo) o sean “especialmente molestas o hirientes” (STC 192/1999, de 25 de octubre), o en definitiva, puedan resultar inoportunas o desmesuradas cuando, como sucede en el supuesto enjuiciado en este recurso, ninguna de dichas críticas o revelaciones se fundan o dan a conocer datos ob-

jetivos que racionalmente puedan afectar a la dignidad y a la opinión pública sobre la honradez del recurrente.

A partir d'aquest plantejament, s'ha anat produint una jurisprudència casuística que ha col·locat els càrrecs públics en la posició d'haver de suportar un notable marge de crítica i desqualificació.

En aquest sentit, el Tribunal constitucional ha anat admetent crítiques certament punyents, com ara les següents:

- L'acusació de corrupció o el suggeriment que el càrrec públic en qüestió *“pudiera tener algún tipo de relación con actividades de ese carácter”*. El Tribunal considera que, en el context en el que es va expressar aquesta opinió, la mateixa *“no tenía como finalidad el puro insulto o la humillación, sino que lo que se pretendía era denunciar la dificultad de compatibilizar los intereses públicos y privados en el ámbito urbanístico”* (STC 216/2013).
- L'apel·latiu xenòfob, que es considera que no pot ser considerat insultant o humiliant en la mesura que es basa en un fet verídic com ara una denúncia a la Policia per aquest motiu, i no es tractava d'una expressió formalment vexatòria, en tant que gratuïta o innecessària, per a la informació que es pretenia transmetre en aquell cas (STC 29/2009).
- La imputació a un regidor de concedir llicències urbanístiques irregulars, l'adjudicació d'un lloc de treball de recaptador municipal a un amic personal o l'obstrucció a la justícia en la persecució de les infraccions esmentades (STC 89/2010).
- La informació publicada en un diari *“en la que se afirma o insinúa, con base en datos ilícitamente obtenidos, y además faltando a la verdad, que [el cargo público] es propietario de un lujoso chalet, cuya verdadera titularidad se oculta mediante testaferros, que desde un cargo público se ha favorecido a determinados amigos, que no se ha pagado el principal de un crédito ni sus gastos e intereses, todo ello (siempre en opinión del recurrente) en el contexto explícito del proceso sobre los ‘fondos reservados’ y del conocido escándalo protagonizado por sobresueldos y comisiones de determinadas personas con responsabilidades políticas en el Ministerio del Interior”* (STC 216/06).

Però el que aquí interessa no és pròpiament la posició dels electes locals com a subjectes passius de la llibertat d'expressió, sinó la seva condició com a titulars d'aquest dret, i el cas és que la jurisprudència constitucional ha remarcat que la llibertat d'expressió dels càrrecs públics té una intensitat especial, atès que en aquest cas conflueixen la llibertat d'expressió de

l'article 20 CE i el dret d'accés als càrrecs públics de l'article 23 CE (STC 136/99):

[Sobre las libertades de expresión y de comunicación] [n]o cabe duda de que cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles “especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar” (STC 157/1996, fundamento jurídico 5.º aunque se refiere a un ámbito distinto del electoral).

[...]

En suma, cabe concluir que, cuando esas libertades aparecen “conectadas a los procesos de formación y exteriorización de un poder político democrático (art. 23 CE)”, deberá garantizarse la máxima libertad –y los mayores medios– para que los individuos y los grupos hagan llegar a los electores cualquier tipo de opiniones o informaciones “para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos”.

En el mateix sentit s'ha expressat el Tribunal Europeu de Drets Humans. Segons la sentència de 30 de gener de 1998:

[...] la libertad de expresión, preciosa para todos, lo es particularmente para los partidos políticos y sus miembros activos.

D'altra banda, en la sentència de 23 d'abril de 1992, assumpte Castells contra Espanya, el TEDH va dir:

42. El Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada en el apartado 1 del artículo 10, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, esta libertad es aplicable no solamente a las “informaciones” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que resultan opuestas, lastiman o inquietan. Así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática” (véase, entre otras, la sentencia “Handsyde vs. Reino Unido”, de 7 de diciembre de 1976; serie A, núm. 24, p.23, § 49, y “Observer y Guardian” antes citada, Serie A, núm. 216, p. 30, § 59, a).

La libertad de expresión, preciosa para cualquier persona, lo es muy particularmente para un elegido del pueblo: representa a sus electores.

expone sus preocupaciones y defiende sus intereses. Consiguientemente, en el caso de injerencia en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, según ocurre con el demandante, se impone a este Tribunal aplicar el control más estricto.

En definitiva, la llibertat d'expressió dels regidors és un element a tenir en compte. Després de tot, el que hi ha darrera d'un acord municipal és la voluntat dels regidors que l'han votat; o, dit d'una altra manera, els càrrecs electes s'expressen també col·lectivament en els debats i les resolucions que adopten.

3

Els pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre la declaració de sobirania del Parlament de Catalunya

Cal considerar finalment els pronunciaments recents del Tribunal Constitucional a propòsit de la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya, aprovada pel Parlament de Catalunya en data 23 de gener de 2013, i també de la posterior Declaració de 9 de novembre de 2015, sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015.

Certament, es tracta de declaracions que provenen d'un Parlament, circumstància que les diferencia significativament de les declaracions locals que aquí tractem. Ara bé, no és menys cert que la doctrina que maneja el Tribunal Constitucional és susceptible d'extrapolació a l'àmbit local, i així s'ha fet en el cas de declaracions municipals de contingut similar.

En la primera de les declaracions esmentades el Parlament acorda iniciar el procés per fer efectiu el dret a decidir, en tant que subjecte polític i jurídic sobirà. El Tribunal Constitucional aborda la qüestió d'acord amb els següents paràmetres:

- La Declaració constitueix un acte acabat i definitiu, no un mer acte de tràmit.
- Es tracta d'un acte polític adoptat per un poder públic, encara que també té naturalesa jurídica.
- Tot i així la impugnació només serà viable si, a més, la Declaració té la capacitat de produir efectes jurídics, encara que sigui de manera indiciària. El Tribunal remarca en aquest sentit que “[e]l simple enunciado de una proposición contraria a la Constitución, en efecto, no constituye objeto de enjuiciamiento por este Tribunal”.

- No es pot considerar que es produeixen aquests efectes jurídics respecte als ciutadans en general, perquè la Declaració és en aquest sentit una mera exhortació als mateixos.
- La Declaració tampoc no té eficàcia com a acte d'impuls de l'acció del Govern.
- Ara bé, el Tribunal considera que la Declaració del poble de Catalunya com a subjecte polític i jurídic sobirà, es podria entendre com un reconeixement d'unes atribucions inherents a la sobirania pels qui hagin de materialitzar el procés. Unes atribucions superiors a les pròpies d'una comunitat autònoma.
- En segon lloc, es constata que la resolució inclou una declaració de naturalesa assertiva com ara l'acord d'endegar el procés per fer efectiu l'exercici del dret a decidir, declaració que no té únicament naturalesa política perquè es tradueix en accions concretes.
- *En aquest context, hom declara inconstitucional el fet que la Declaració identifiqui un subjecte sobirà diferent del poble espanyol en el seu conjunt. Aquesta declaració no és susceptible d'interpretació conforme.*
- *Pel que fa al dret a decidir, es considera que la Declaració no exclou necessàriament la canalització d'aquest dret per vies constitucionals.*
- Finalment, el Tribunal recorda que són legítimes les concepcions que tinguin per objecte la modificació de l'ordre constitucional, però cal que es canalitzin per sistemes que no vulnerin els principis democràtics ni la Constitució en el seu conjunt; això és, cal que es canalitzin dins les vies de reforma que preveu la mateixa Constitució.

Així, segons la STC núm. 42/2014:

En este caso el Tribunal aprecia que, en principio, respecto de los ciudadanos de Cataluña, la Resolución contrae sus efectos a exhortarlos en su acción política, sin efecto vinculante de naturaleza alguna, pues quienes así son animados gozan ya, al amparo de la Constitución y sin necesidad de llamamiento parlamentario alguno, de la más amplia libertad política (STC 31/2010, FJ 12).

Como acto de impulso de la acción del Gobierno, la Resolución carece igualmente de eficacia vinculante, como tiene declarado este Tribunal respecto de actos parlamentarios de este género (SSTC 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 2; 40/2003, de 27 de febrero, FJ 3 y 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3).

Sin embargo, lo jurídico no se agota en lo vinculante. Pudiera sostenerse que la Resolución impugnada no tiene sobre la ciudadanía, el Gobierno de la Generalitat o el resto de las instituciones catalanas efectos jurídicos de otro tipo, como pudieran ser los de autorización o habilitación para actuar en determinado sentido, visto que ninguna norma del ordenamiento autonómico condiciona a la adopción por el Parlamento de un acto como el impugnado la validez de la acción del Gobierno o la actuación de la ciudadanía o de las instituciones. Pero el Tribunal, en primer lugar, entiende que el punto primero de la Resolución impugnada, en cuanto declara la soberanía del pueblo de Cataluña (“Soberanía. El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano”) es susceptible de producir efectos jurídicos, puesto que, insertado en el llamamiento a un proceso de diálogo y negociación con los poderes públicos (principio cuarto) encaminado a “hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo” (parte inicial de la Declaración), puede entenderse como el reconocimiento en favor de aquellos a quienes se llama a llevar a cabo el proceso en relación con el pueblo de Cataluña (especialmente el Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalitat), de atribuciones inherentes a la soberanía superiores a las que derivan de la autonomía reconocida por la Constitución a las nacionalidades que integran la Nación española. En segundo lugar, el carácter asertivo de la Resolución impugnada, que “acuerda iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir”, no permite entender limitados sus efectos en el ámbito parlamentario al terreno estrictamente político, puesto que reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y este cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento (art. 146.4 RPC). [...] la identificación de un sujeto dotado de la condición de sujeto soberano resultaría contraria a las previsiones de los arts. 1.2 y 2 CE.

[...]

b) Respecto a las referencias al “derecho a decidir” cabe una interpretación constitucional, puesto que no se proclaman con carácter independiente, o directamente vinculadas al principio primero sobre la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña, sino que se incluyen en la parte inicial de la Declaración (en directa relación con la iniciación de un “proceso”) y en distintos principios de la Declaración (segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo). Estos principios, como veremos, son adecuados a la Constitución [...].

El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable.

La segona sentència es refereix a la Declaració del mateix Parlament de 9 de novembre de 2015, sobre l'inici del procés polític com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015.

El Tribunal repeteix el plantejament anterior, per arribar a la conclusió que la Resolució té un caràcter asseveratiu en allò que es refereix a la proclamació de l'obertura d'un procés constituent adreçat a la creació d'un estat català independent (STC núm. 259/15):

En segundo lugar, el carácter aseverativo de la Resolución, al proclamar de presente la apertura de un proceso constituyente dirigido a la creación de un estado catalán independiente en forma de república, “no permite entender limitados sus efectos en el ámbito parlamentario al terreno estrictamente político, puesto que reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y ese cumplimiento es susceptible del control parlamentario previsto para las resoluciones aprobadas por el Parlamento” (art. 165 RPC) [...].

[...] las “medidas” encomendadas al “futuro gobierno” lo son desde una resuelta posición de ajenidad al ordenamiento constitucional y a la espera de un comportamiento consecuente por parte del Gobierno de la Generalitat.

[...]

El sometimiento de todos a la Constitución es “otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente” [SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 6.b)]. En el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución, que, como afirmó este Tribunal en la STC 42/2014, FJ 4 C), “requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella”.

El plantejament que el Tribunal Constitucional ha seguit en aquestes dues sentències constitueix ara per ara el cànon jurisprudencial vigent.

En efecte, paral·lelament a les declaracions del Parlament es van aprovar un notable nombre de declaracions municipals en les que es declarava el

municipi respecteiu com a territori català lliure i sobirà, afegint-hi, alhora, diversos acords mitjançant els quals s'instava el Parlament, el Govern i altres institucions a endegar el procés d'independència.

Prèviament alguns ens locals havien ja adoptat una primera generació d'acords de naturalesa semblant, en aquest cas referits a la sobirania fiscal. Ja s'ha esmentat que el Tribunal Superior de Justícia va considerar que aquests acords no desplegaven efectes jurídics, de manera que va declinar-ne el control jurisdiccional.

La primera reacció dels jutjats davant aquesta segona generació d'acords municipals va ser la mateixa, de manera que es van inadmetre els recursos formulats per la Delegació del Govern. Tanmateix, en el moment de resoldre les apel·lacions corresponents, el Tribunal Constitucional ja havia dictat les sentències esmentades en aquest apartat, de manera que la situació va canviar, atès que el perfil de les declaracions municipals era substancialment igual al de les declaracions del Parlament. Així doncs, s'han dictat un seguit de sentències disposant que, si més no, els recursos havien de ser admesos i tramitats pels jutjats (Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, secció 5a, sentència de 4 de juny de 2015, apel·lació núm. 63/14).

El cas és que el Tribunal Constitucional recolza la seva posició en tres aspectes que considera determinants: que els acords tenen una naturalesa jurídica independentment de la seva naturalesa política; que alguns aspectes de la decisió tenen alhora una naturalesa assertiva o asseverativa; i, finalment, que la declaració pot tenir efectes pràctics, específicament el reconeixement d'unes atribucions inherents a la sobirania en favor de qui hagi de materialitzar el procés.

El plantejament no és gaire clar perquè el Tribunal no explica on estaria pròpiament o en què consistiria la naturalesa jurídica de les declaracions, o com s'arriba a aquesta conclusió. Tampoc no es pot deduir per què el caràcter assertiu hagi de ser quelcom necessàriament indicatiu de la naturalesa jurídica d'una proposició, almenys si estem al significat de la paraula “*aserto*” al diccionari, això és, l'afirmació de la certesa d'alguna cosa o, en termes científics, una afirmació susceptible de crítica. Fins i tot considerant que el Tribunal s'hagués volgut referir a la naturalesa resolutiva de la proposició –si aquest fos el sentit que volia donar a la referència de la “naturalesa assertiva” de la declaració–, tampoc no tindria gaire sentit. Per exemple, la condemna d'un acte de violència de gènere succeït a la població té un caràcter resolutiu sense que això afecti la seva naturalesa estrictament política.

Pel que fa a la naturalesa jurídica, d'acord amb el plantejament de Kelsen, cal entendre com a tal la qualitat que tenen determinats actes o manifestacions als que l'ordenament atribueix efectes jurídics, entenent com a tals l'afectació de drets, deures o conseqüències que en tot cas són obligats

pel seu destinatari i exigibles pels seus beneficiaris o afectats. La coactivitat o l'exigibilitat és la característica essencial de la naturalesa jurídica. Més enllà, els actes sense aquesta nota es mouen en el terreny de la mera manifestació, terreny en general indiferent al dret i a la jurisdicció.

Així doncs, cal estar finalment a la idea que allò rellevant és si l'acte impugnat desplega efectes jurídics, és a dir, uns efectes susceptibles d'exigibilitat jurídica.

4

Recapitulació

Fins aquí hem vist les respostes que la jurisdicció ha donat als pronunciaments municipals de perfil polític. Respostes prou diverses, sovint no gaire precises i, de vegades, no exemptes de contradiccions. Estem davant una matèria que encara no ha trobat un tractament jurídic prou sòlid.

Certament no es pot atribuir a la jurisprudència la càrrega d'elaborar les respostes doctrinals als problemes que quotidianament van apareixent de bell nou. No és a la jurisdicció a qui pertoca la funció de definir els models teòrics de resposta a les necessitats que la progressió social i jurídica va demanant; tampoc al Tribunal Constitucional.

No hi ha dubte que els tribunals han aportat històricament construccions doctrinals molt brillants. Però succeeix que la reflexió judicial es genera al voltant del cas concret, mentre que una doctrina ben assentada s'ha de construir en un marc de generalitat i d'abstracció que desborda la resposta jurisdiccional. Aquesta és una funció que pertoca genuïnament a l'àmbit universitari.

No és menys cert que la societat progressa dia a dia i planteja constantment nous problemes. La resposta legal és lenta i ordinàriament també la doctrinal, de manera que els tribunals han d'assumir la responsabilitat d'oferir solucions amb els materials disponibles. Unes solucions que han de ser provisionals i sotmeses a una crítica que és imprescindible per contrastar i calibrar adequadament les doctrines apuntades en l'àmbit jurisdiccional.

Doncs bé, amb l'anterior intenció cal destacar algunes qüestions que susciten els diversos plantejaments jurisdiccional segons allò que s'ha anat exposant als apartats anteriors.

Cal remarcar que el que aquí importa no és la solució final que es pugui donar a l'admissibilitat o l'abast dels pronunciaments polítics de les administracions locals, problema la solució del qual constitueix alhora una decisió política. El que aquí importa és la qualitat jurídica amb la que s'articula la resposta, i que aquesta consideri tots els valors en joc.

Doncs bé, l'evolució seguida fins ara posa en relleu la necessitat de considerar algunes qüestions, com ara els següents:

- Els ajuntaments apleguen una doble funció de govern i d'administració del municipi; funcions que no han de ser confoses, essent la primera de naturalesa genuïnament política. Una naturalesa política que és congruent amb la legitimació democràtica directa que els ajuntaments reben dels ciutadans.
- El control jurisdiccional no es pot limitar a contrastar l'acte impugnat amb les competències locals en sentit estricte. Cal considerar també la competència residual que reconeix la Carta europea de l'autonomia local. Així mateix cal tenir en compte la funció dels municipis com a representants objectius de la col·lectivitat local i dels seus interessos.
- Cal considerar així mateix la llibertat d'expressió dels membres de la corporació, expressada individualment o col·lectivament. Un dret al que la jurisprudència ha reconegut no sols l'expansivitat inherent als drets fonamentals en general, sinó també la protecció especial que mereix la seva vinculació amb la formació de l'opinió pública i, en definitiva, amb les bases democràtiques del sistema.
- Un dels requeriments per fer possible el control és la constatació que l'acord tingui posteriors repercussions materials; això és, que no s'esgota en si mateix. Cal considerar, tanmateix, en quina mida és necessari que aquestes conseqüències siguin certes, concretes i versemblants, i no meres hipòtesis. També cal considerar fins a quin punt és possible posposar el control al moment en què es materialitzin els efectes, si aquests no són obvis ja d'entrada. En aquest sentit, hi ha jurisprudència que considera suficients unes conseqüències hipotètiques o no gaire concretades (STS de 25 de març de 1998 sobre la declaració de municipi desnuclearitzat), i també n'hi ha que es limita a constatar que l'acord impugnat no preveu conseqüències concretes (STS de 23 d'abril de 2004 sobre l'adhesió a l'associació d'electes “Udalbilitza”).
- També cal reflexionar sobre el tractament que es dona als actes de perfil merament simbòlic; això és, els que, tot i la seva forma jurisdicoadministrativa, evidencien la seva única funció d'expressar un posicionament.
- La doctrina actualment vigent dels “valors judicialment assequibles” i l'assimilació del control de l'acte polític al de l'acte discrecional ha de ser precisada per tal de no obrir un camp tendencialment il·limitat de fiscalització d'actuacions de naturalesa intrínsecament política, per aplicació directa de valors constitucionals genèrics, o mitjançant un control de raonabilitat dut a terme al fil del control de l'arbitrarietat.