Contrapoderes en la democracia constitucional ante la amenaza populista

Josep Mª Castellà Andreu
Enriqueta Expósito (eds.)

Marcial Pons

fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

CONTRAPODERES EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ANTE LA AMENAZA POPULISTA

JOSEP Mª CASTELLÀ ANDREU
ENRIQUETA EXPÓSITO
(Eds.)

CONTRAPODERES EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL ANTE LA AMENAZA POPULISTA

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2024

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Los autores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.
Tamayo y Baus, 7, 1.º izq. 28004 MADRID
☎ 91 304 33 03
www.marcialpons.es

DOI:

Diseño de cubierta: ene estudio gráfico

MADRID, 2024

ÍNDICE

Pág.

PRESENTACIÓN 19

CAPÍTULO I. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y CONTRAPODERES FRENTE AL POPULISMO, por Josep M.ª Castellà Andreu 29

1. CONTEXTO: EL IMPACTO DE LOS POPULISMOS EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONALES 29
2. POPULISMO Y DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: UNA RELACIÓN AMBIVALENTE..... 37
3. POPULISMOS *VERSUS* DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y PLURALISTA..... 41
4. ALGUNAS RESPUESTAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL DEMOCRÁTICO PARA HACER FRENTE AL POPULISMO CONSTITUCIONAL..... 50
5. BIBLIOGRAFÍA..... 56

CAPÍTULO II. LOS CONTRAPODERES EN LA ESCUELA DE SALAMANCA, por Roger Boada Queralt 59

1. INTRODUCCIÓN 59
2. EL GRAN CONTRAPODER: LA IGLESIA Y SU PODER INDIRECTO EN EL ORDEN TEMPORAL..... 60

Pág.

3. LA CUESTIÓN DE LA FORMA DE ESTADO Y EL SISTEMA DE FRENOS Y CONTRAPESOS 62
4. EL SOMETIMIENTO A LA LEY DEL PODER POLÍTICO 67
5. LA CORRECCIÓN DE ABUSOS DE PODER A TRAVÉS DE MECANISMOS NO INSTITUCIONALES: LA DESOBEDIENCIA LEGÍTIMA 71
6. LA RESOLUCIÓN DE LAS CRISIS CONSTITUCIONALES: LA DEPOSICIÓN DEL TIRANO Y LA CUESTIÓN DEL TIRANICIDIO 73
7. CONCLUSIÓN 78
8. BIBLIOGRAFÍA 80

CAPÍTULO III. RECUPERAR LA CENTRALIDAD DEL PARLAMENTO A TRAVÉS DE LA FUNCIÓN DE CONTROL, por Daniel Fernández Cañueto 83

1. EL PARLAMENTO COMO CENTRO DE GRAVITACIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO ESPAÑOL 83
2. AYUDAR A RECUPERAR LA CENTRALIDAD DEL PARLAMENTO A TRAVÉS DE LA FUNCIÓN DE CONTROL 87
3. LAS TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE CONTROL PARLAMENTARIO EN ESPAÑA 91
4. LAS CONSECUENCIAS DE LA NOCIÓN DE CONTROL PARLAMENTARIO DE MANUEL ARAGÓN 97
   4.1. La constitucionalización de la oposición política 98
   4.2. La conversión del control parlamentario en una metafunción 101
5. CONCLUSIONES 103
6. BIBLIOGRAFÍA 104

CAPÍTULO IV. EL GOBIERNO LEGISLADOR. ¿UNA RESPUESTA A LA DEBILIDAD DEL PARLAMENTO?, por Esther Martín Núñez 107

1. INTRODUCCIÓN 107
2. UNA POTESTAD CONSTITUCIONAL ASIGNADA AL GOBIERNO, PERO EXCEPCIONAL 109

Pág.

3. CAUSAS DEL ABUSO DEL DECRETO-LEY: FRAGMENTACIÓN DEL PARLAMENTO Y GOBIERNOS MINORITARIOS. 111
4. IMPACTO Y CONSECUENCIAS DEL ABUSO DEL DECRETO-LEY: UNA DEFECTUOSA CALIDAD NORMATIVA, UNA AFECTACIÓN AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LAS MINORÍAS Y UNA DESLEGITIMACIÓN DE LA LEY Y DEL PROPIO PARLAMENTO..... 115
4.1. La indefinición de la extraordinaria y urgente necesidad . 116
4.2. Algunas consideraciones sobre los límites materiales de los decretos leyes 118
4.3. La provisionalidad del decreto-ley 122
4.4. El control parlamentario de los decretos leyes y su necesidad de refuerzo 124
4.5 El control del Tribunal Constitucional: la necesidad de su replanteamiento 127
5. CONSIDERACIONES FINALES..... 131
6. BIBLIOGRAFÍA..... 133

CAPÍTULO V. ¿PUEDE SER EL REFERÉNDUM UN INSTRUMENTO DE CONTRAPODER EN ESPAÑA?, por M.ª Reyes Pérez Alberdi 135

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS FUNCIONES DEL REFERÉNDUM EN LA PRÁCTICA COMPARADA 135
2. EL PAPEL ESCASAMENTE RELEVANTE DEL REFERÉNDUM EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL..... 144
3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA..... 153
4. BIBLIOGRAFÍA..... 158

CAPÍTULO VI. LA OPOSICIÓN PARLAMENTARIA A LA LUZ DEL DERECHO TRANSNACIONAL DE LA COMISIÓN DE VENECIA, por Luis Gaspar Rodríguez 161

1. COMISIÓN DE VENECIA..... 161
1.1. Concepto 161
1.2. Derecho transnacional 163
1.3. Influencia..... 164
1.3.1. Referencias expresas en organismos internacionales 164

Pág.

1.3.2. Grado y factores que determinan el cumplimiento de sus opiniones 164

2. OPOSICIÓN PARLAMENTARIA 166

2.1. Concepto 169
2.2. Institucionalización 171
2.3. Nivel y regulación legal 173
2.4. Participación en la función legislativa 175
2.5. Participación en la función de control 178
2.6. Cooperación con el Gobierno 180
2.7. Seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones y referencias expresas en organismos internacionales 182

3. A MODO DE CONCLUSIÓN 184

4. BIBLIOGRAFÍA 185

CAPÍTULO VII. FORMAS DE PROMOCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA PARA GRUPOS Y SU FUNCIÓN CONTRAMAYORITARIA, por Oriol Fontcuberta Rodríguez 189

1. INTRODUCCIÓN 189

2. CONTEXTO: POPULISMO, MAYORÍA Y MINORÍA 190

3. DELIMITACIONES CONCEPTUALES 191

3.1. Grupo 191
3.2. Formas de producción de representación política para grupos 193

4. FUNCIÓN CONTRAMAYORITARIA DE LAS FORMAS DE PROMOCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA PARA GRUPOS 195

4.1. Formas de promoción de la representación política para grupos 197

4.1.1. Reducción o exención de los requisitos para presentar candidaturas 198
4.1.2. Cuotas en listas 199
4.1.3. Exención o disminución de la barrera electoral 201
4.1.4. Voto doble 202
4.1.5. Transferencia de voto 203
4.1.6. *Gerrymandering* 203
4.1.7. Escaños supernumerarios 204

Pág.

4.1.8. Reducción del número de votos para obtener un escaño 205

5. CONCLUSIONES 207
6. BIBLIOGRAFÍA..... 209

CAPÍTULO VIII. LOS ÓRGANOS CONSTITUYENTES COMO CONTRAPODER DEL LEGISLATIVO: UN ANÁLISIS COMPARADO CON ESPECIAL ÉNFASIS EN EL RECIENTE PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO, por Francisco Soto Barrientos 213

1. LOS ANTECEDENTES EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO Y LA EXPERIENCIA SUIZA..... 215
2. LOS PROCESOS CONSTITUYENTES Y SU RELACIÓN CON LOS PODERES CONSTITUIDOS..... 218
   - 2.1. Recientes experiencias de Latinoamérica 218
   - 2.2. Experiencias recientes europeas 221
   - 2.3. El proceso constituyente chileno 224
3. CONCLUSIÓN..... 234
4. BIBLIOGRAFÍA..... 235

CAPÍTULO IX. EL REY NO GOBIERNA, PERO REINA. EL «PODER» DE LA *AUCTORITAS* REGIA, por Enriqueta Expósito 239

1. INTRODUCCIÓN 239
2. UN ÓRGANO SIN *POTESTAS*: EL REY NO GOBIERNA 242
   - 2.1. Las funciones del rey 243
   - 2.2. La neutralidad de la Corona 246
3. EL REY REINA: LA *AUCTORITAS* REGIA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA FUNCIÓN DE ARBITRAJE Y MODERACIÓN 248
4. LA DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL..... 254
   - 4.1. 23 de febrero de 1981. El ataque a la democracia constitucional..... 261
   - 4.2. 3 de octubre de 2017. La subversión del orden constitucional por la tentativa de secesión en Cataluña 263
5. A MODO DE CONCLUSIÓN 265
6. BIBLIOGRAFÍA..... 267

Pág.

CAPÍTULO X. LAS RELACIONES ENTRE EL PARLAMENTO Y LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES. SISTEMA DE NOMBRAMIENTO Y CONTROL PARLAMENTARIO, por Marco Antonio Simonelli 271

1. INTRODUCCIÓN 271
2. BREVE HISTORIA DE LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES 275
3. LA REGULACIÓN DE LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES EN ALEMANIA, FRANCIA E ITALIA..... 280
4. LAS ANOMALÍAS DEL CASO ESPAÑOL..... 287
5. CONCLUSIONES 291
6. BIBLIOGRAFÍA..... 295

CAPÍTULO XI. LA INDEPENDENCIA COMO ELEMENTO CLAVE DE LOS CONTRAPODERES INSTITUCIONALES: ESTÁNDARES PARA SU SALVAGUARDA AL HILO DEL CASO ESPAÑOL, por Sara Alemán Merlo 299

1. INTRODUCCIÓN: CONTRAPODERES INSTITUCIONALES COMO PARTE DEL ENGRANAJE DE *CHECKS AND BALANCES* EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL 299
2. INDEPENDENCIA COMO ELEMENTO CLAVE: ¿POR QUÉ LOS CONTRAPODERES INSTITUCIONALES DEBEN SER INDEPENDIENTES? 302
3. CÓMO SE GARANTIZA LA INDEPENDENCIA: ESTÁNDARES PARA SU SALVAGUARDA 305
   - 3.1. Nivel al que se garantiza la independencia (garantía formal) 305
   - 3.2. Procedimiento de nombramiento 309
     - 3.2.1. Quién elige y cómo..... 309
     - 3.2.2. A quién: requisitos de (in)elegibilidad e incompatibilidades..... 313
   - 3.3. Estatuto jurídico 317
     - 3.3.1. Duración del mandato..... 317
     - 3.3.2. Inamovilidad y causas de cese tasadas..... 318
   - 3.4. Autonomía organizativa, presupuestaria y financiera; acompañada de la consiguiente *accountability*..... 320
4. CONCLUSIONES 323
5. BIBLIOGRAFÍA..... 324

Pág.

CAPÍTULO XII. LAS INSTITUCIONES FISCALES INDEPENDIENTES COMO INSTITUCIONES CONTRAMAYORITARIAS.EL CASO DE ESPAÑA, por Antonio-Martín Porras Gómez..... 327

1. INTRODUCCIÓN 327
2. LA RAZÓN DE SER DE LAS IFIS COMO INSTITUCIONES CONTRAMAYORITARIAS 328
3. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL COMO IFI..... 333
   - 3.1. Órgano de creación legal..... 335
   - 3.2. Relación con el Parlamento..... 336
   - 3.3. Presidencia y dirección..... 337
   - 3.4. Autonomía de gestión..... 339
   - 3.5. Acceso a la información..... 340
   - 3.6. Evaluaciones externas 341
4. ANÁLISIS DOCTRINAL: INDEPENDENCIA FUNCIONAL DE LA AIREF Y COHERENCIA DE SU POSICIÓN DENTRO DE LA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL..... 341
   - 4.1. La efectiva independencia funcional de la AIReF respecto al Gobierno..... 341
   - 4.2. La AIReF dentro del equilibrio de poderes entre Ejecutivo y Legislativo..... 344
   - 4.3. La posición de la AIReF en la más amplia arquitectura constitucional española: Tribunal de Cuentas y Comunidades Autónomas..... 346
5. CONCLUSIONES 348
6. BIBLIOGRAFÍA..... 349

CAPÍTULO XIII. CONTRAPODER INTELIGENTE: UN MODELO DELIBERATIVO PARA EL *OMBUDSMAN*, por Guillermo Escobar Roca..... 351

1. PLANTEAMIENTO 351
2. APUNTE INICIAL SOBRE LAS CONCEPCIONES DE LA DEMOCRACIA 354

Pág.

3. EL VALOR DE LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA Y LA NECESIDAD DE CANALES DE COMUNICACIÓN: ¿DERECHO AL DEBATE PÚBLICO? 356
4. ¿EL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO CANAL DE COMUNICACIÓN? OMISIONES SIGNIFICATIVAS EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA PRÁCTICA DE LA INSTITUCIÓN 358
5. EXAMEN DE ALGUNAS RECOMENDACIONES AL LEGISLADOR, A MODO DE EJEMPLO, Y CÓMO CONVERTIRLAS EN (MÁS) DELIBERATIVAS 366
6. BIBLIOGRAFÍA..... 373

CAPÍTULO XIV. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, por Luis Enrique Landauri Paredes y Pablo Nuevo López 377

1. INTRODUCCIÓN..... 377
2. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO DIMENSIÓN DERIVADA Y SU FUNCIÓN DE INTEGRACIÓN 380
   - 2.1. ¿Naturaleza política del Tribunal Constitucional?..... 382
     - 2.1.1. Por ser parte de la estructura estatal y al ser política la actividad del Estado..... 382
     - 2.1.2. Por ejercer control sobre entidades públicas o de naturaleza política 383
     - 2.1.3. Por ser política la aplicación de la justicia y la naturaleza propia del Derecho constitucional.... 384
   - 2.2. Función pedagógica y de educación político constitucional 386
3. PROYECCIÓN DE LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 388
   - 3.1. Desarrollo de la teoría jurídica de las instituciones constitucionales y los derechos fundamentales..... 389
   - 3.2. Emisión de directrices legislativas 391
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CONSIDERACIONES DE ACTUACIÓN..... 393
5. CONCLUSIONES..... 398
6. BIBLIOGRAFÍA 399

Pág.

CAPÍTULO XV. LAS AUTONOMÍAS COMO CONTRAPODERES: HACIA UN ESTADO AUTONÓMICO AGONAL, por M.ª Esther Seijas Villadangos..... 403

1. CONTRAPODER Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. DEL *«CHECKS AND BALANCES»* (FRENOS Y CONTRAPESOS) AL *«THE TUG OF WAR»* (TIRA Y AFLOJA) EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO DESCENTRALIZADO..... 403
   - 1.1. El rol territorial en la función de contrapoder 404
   - 1.2. Contexto populista para la mutación de la función autonómica de contrapoder 408
     - 1.2.1. Carl Schmitt y el concepto de lo político: la dialéctica amigo-enemigo. 410
     - 1.2.2. El código populista del contrapoder adaptado a las formas territoriales descentralizadas 411
2. LAS MANIFESTACIONES. PROYECCIÓN TRIDIMENSIONAL DE LA CONSIDERACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS COMO CONTRAPODERES..... 412
   - 2.1. Eje normativo: la ley del mínimo y del máximo (*lex meiore*); el no acatamiento por elusión *(lex fugit*) o el paralelismo normativo *(lex repetitae)* 413
   - 2.2. Eje jurisdiccional..... 420
   - 2.3. Eje político 425
3. REFLEXIÓN FINAL..... 426
4. BIBLIOGRAFÍA..... 427

CAPÍTULO XVI. LA UNIÓN EUROPEA COMO CONTRAPODER POLÍTICO DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y LOS LÍMITES DE SU ACTUACIÓN, por Núria González Campañá..... 431

1. INTRODUCCIÓN 431
2. EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO EN LA UNIÓN EUROPEA AYER Y HOY..... 432
3. INSTRUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA PARA FRENAR Y REVERTIR EL RETROCESO DEMOCRÁTICO Y LAS VULNERACIONES DEL ESTADO DE DERECHO EN LOS ESTADOS MIEMBROS..... 438

Pág.

4. LÍMITES A LA ACTUACIÓN DE LA UE COMO CONTRAPODER 446
5. CONCLUSIONES 452
6. BIBLIOGRAFÍA 454

CAPÍTULO XVII. DEMOCRACIA Y CONTRAPODER CIUDADANO: SOBRE EL «DERECHO A MOLESTAR» (O DERECHO DE REUNIÓN), por Rosario Tur Ausina 459

1. DEMOCRACIA, *MASS MEDIA* Y OPINIÓN PÚBLICA 459
2. EL CONTRAPODER CIUDADANO ANTE EL ASCENSO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS 463
3. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ NOS REUNIMOS? EL DERECHO DE REUNIÓN EN EL SIGLO XXI 465
4. EL DERECHO DE REUNIÓN EN EL CONTEXTO DE LA SOCIABILIDAD HUMANA 472
5. LA CONSTRUCCIÓN CONSTANTE DEL INTERÉS PÚBLICO 475
6. EL LÍMITE: PELIGRO MATERIAL PARA BIENES Y PERSONAS 478
7. A MODO DE CONCLUSIÓN. CONTROL Y AUTOCONTROL EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A MOLESTAR 486
8. BIBLIOGRAFÍA 487

CAPÍTULO XVIII. INTERNET COMO CONTRAPODER: EL «DERECHO DE ACCESO A INTERNET» COMO UNA NUEVA VÍA PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES, por Loreto Segura Renau 491

1. INTERNET COMO *ESCENARIO POLÍTICO EMERGENTE* 491
2. EL DERECHO DE ACCESO A INTERNET: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL? 494
   - 2.1. El acceso a Internet desde una perspectiva internacional y europea 494
   - 2.2. El derecho de acceso a Internet en el ordenamiento jurídico-constitucional español 496
3. INTERNET COMO NUEVA VÍA DE EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES 498
   - 3.1. La libertad de expresión e información 499
   - 3.2. Derecho a la información veraz 500

Pág.

3.3. Pluralismo digital 501
3.4. La participación ciudadana en el *ágora digital* 505

4. INTERNET COMO *OPOSICIÓN DIGITAL* 507
5. CONCLUSIÓN 512
6. BIBLIOGRAFÍA 513

CAPÍTULO XIX. MAYORÍA Y MINORÍA EN EL JUICIO DE IGUALDAD, por Elia Marzal Yetano 517

1. INTRODUCCIÓN 517
2. LA EVOLUCIÓN DE LA IGUALDAD A LA LUZ DE SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO MAYORITARIO: DE LA IGUALDAD FORMAL, COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD, A LA IGUALDAD MATERIAL, COMO LÍMITE Y COMO OBJETIVO. 519
3. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA MATERIAL: EL CAMBIO DE SIGNIFICADO Y EL DERECHO AL TRATO IGUAL QUE DA PASO AL TRATO DESIGUAL 521
   3.1. La igualdad en el contenido de la ley como prohibición de discriminación: la relevancia del *tertium comparationis* y la proporcionalidad de la diferencia de trato 521
   3.2. La igualdad como principio metajurídico: racionalidad y subjetivismo judicial en la identificación de la arbitrariedad y emergencia del derecho al trato desigual 525
      3.2.1. El margen de discrecionalidad inherente al juicio de igualdad y los esfuerzos jurisprudenciales por reducirlo 525
      3.2.2. La fuerza expansiva de la igualdad y el salto al derecho al trato desigual 530
4. CONCLUSIÓN 539
5. BIBLIOGRAFÍA 540

CAPÍTULO XX. *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* PARA AMÉRICA LATINA: UN NOBLE IDEAL, UN DESACERTADO IDEARIO, por Juan Alonso Tello Mendoza 543

1. INTRODUCCIÓN 543
2. ENFOQUE AMBIVALENTE: ¿DESCRIPCIÓN O PRESCRIPCIÓN? 545

Pág.

3. FUNDAMENTACIÓN PRECARIA Y MÉTODOS AZAROSOS. 548
4. «TRANSFORMACIÓN DEMOCRÁTICA» SIN PRINCIPIO DEMOCRÁTICO 556
   4.1. Un diálogo con *«últimas palabras»* 556
   4.2. Homogeneizando la diversidad 559
   4.3. Globalismo auto-validado 561
   4.4. Contra el *demos* de la subsidiariedad 563
5. CONCLUSIÓN 569
6. BIBLIOGRAFÍA 569
   6.1. Libros y artículos 569
   6.2. Resoluciones judiciales 574

PRESENTACIÓN

La obra colectiva que se presenta es resultado de la investigación llevada a cabo por un grupo de profesores e investigadores en Derecho Constitucional de varias universidades españolas en los últimos tres años y medio. Dicha investigación se ha realizado en el marco del subproyecto «Instrumentos contramayoritarios en la democracia constitucional», que formaba parte del proyecto coordinado de investigación con la Fundación Manuel Giménez Abad «El control y responsabilidad política en el Estado constitucional con especial referencia al Parlamento en el contexto multinivel», concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación en la convocatoria de 2019. Asimismo, esta investigación ha continuado bajo la cátedra Jean Monnet en Democracia Constitucional Europea (EUCODEM), cuyo inicio se sitúa en septiembre de 2023.

Partimos de la idea, asentada en la teoría constitucional y política, de que el populismo erosiona los contrapoderes políticos y jurídicos en el Estado democrático y constitucional de Derecho, lo que lleva a que el gobierno y la mayoría parlamentaria que lo sostiene se erijan en un poder omnímodo, con el argumento de su legitimidad democrática. Pero este planteamiento supone una quiebra de la democracia constitucional, que se basa en el equilibrio entre los poderes de decisión y los de control. Frente a ella se erigen la democracia iliberal y el autoritarismo electivo. Hoy día no estamos solo ante categorías académicas o programas políticos, sino que, en algunos Estados en el mundo, y en concreto en Europa, sus mayorías políticas han adoptado reformas constitucionales y legislativas, así como prácticas de gobierno, que permiten encuadrarlas dentro de dichas categorías. El populismo constitucional suele utilizarse como etiqueta genérica para aludir a estas nuevas realidades. Somos conscientes de la existencia de varios tipos de populismo, según la ideología de quienes lo profesan o la procedencia geográfica de los regímenes políticos así calificados.

También de la dificultad de definir sus rasgos característicos, además del sentido peyorativo del término populismo. Todo ello lleva a rechazar el uso del mismo por parte de sectores académicos y, como regla general, por políticos, grupos o gobiernos respecto a los cuales se utiliza. Por ello, en su lugar cada vez es más común referirse a estas derivas político-constitucionales como iliberales y a los Estados donde se implantan, como democracias iliberales. Nosotros en esta obra utilizamos ambas denominaciones de forma indistinta como marco de referencia o contexto en el que se ponen a prueba las constituciones liberal-democráticas y sus instituciones de control del poder.

Ha sido el primer ministro de Hungría, Orbán, el que ha popularizado la categoría democracia iliberal, aunque en sus discursos juegue con cierta ambigüedad: la democracia iliberal se opone a la democracia liberal. Pero no está claro qué sentido da a la misma: ¿es sinónimo de democracia constitucional? ¿O más bien se utiliza para rechazar lo que en el mundo anglosajón se identifica como «liberal», esto es, progresista o lo que hoy se suele denominar «wokismo»? En el primer caso, la democracia liberal designa de manera simplificada la forma de estado del Estado democrático y constitucional de Derecho y afecta sobre todo al plano de la legitimidad del poder (principio democrático) y sus límites (Estado de Derecho), así como a las relaciones entre las instituciones de gobierno y las de control. En el segundo caso, en cambio, la democracia liberal alude más bien al modelo de sociedad, así como a los valores y derechos fundamentales que la definen. Mientras que en la primera acepción la democracia liberal se opone a la iliberal entendida como primacía de lo político sobre los jurídico o del origen del poder sobre su control, en la segunda acepción la democracia iliberal se identifica con el respeto a la identidad nacional y los valores colectivos en los que se sustenta.

Son dos planos teóricamente distintos. Una mirada a lo que ocurre en los países que suelen calificarse como democracias iliberales nos muestra que lo que tienen en común es más el cuestionamiento de la democracia constitucional, con sus *checks and balances* y el entendimiento de la Constitución como límite al poder de la mayoría, que los valores y principios que defienden, en que las diferencias son notables entre los distintos populismos o iliberalismos. Es, pues, en el primer plano en el que vamos a fijar nuestra atención en esta obra porque es el que amenaza los pilares del Estado constitucional y democrático de Derecho. Otra cosa es que los populismos utilicen sus mayorías parlamentarias, sin consensos amplios, para petrificar determinados principios y derechos en la Constitución, en detrimento del pluralismo político.

Pero, lo que es más importante, el término democracia iliberal muestra de forma más clara que el de populismo lo que pretenden sus

impulsores: re-equilibrar o des-equilibrar, según quién lo sostenga, los *checks and balances* de la democracia liberal, dando primacía a la legitimidad popular y a los poderes que emanan de la voluntad popular sobre los poderes de control. En esta obra, como en el proyecto, nos referimos de forma genérica a ellos como «contrapoderes» o «instrumentos contramayoritarios», para subrayar su posición y sus funciones respecto al poder de la mayoría, que trasciende al gobierno y que tampoco se puede identificar solo con la mayoría parlamentaria. Es habitual identificar a la justicia constitucional en Estados Unidos por su función contramayoritaria (del Ejecutivo y de la mayoría del Congreso o de los Estados) y Rosanvallon, al hablar de la «contrademocracia», incluye mecanismos variados de oposición o límite a la mayoría, tanto institucionales como extrainstitucionales. Contrapeso es más amplio que control —y sus distintas modalidades—, salvo que se utilice una noción de control cuasi omnicomprensiva. El control suele ser una función de las instituciones contramayoritarias, pero no las agota. El prefijo «contra» significa oposición, contrariedad (*RAE*), lo cual entraña reacción a quien toma la iniciativa o decide. Cada sustantivo que acompaña al prefijo tiene su matiz, constitucionalmente relevante: democracia, poder, mayoría, aunque ahora no podamos profundizar sobre ello. La idea que resumen los *checks and balances* es más general y se refiere al equilibrio entre poderes y límites entre unos y otros. Nuestra atención se centra en los límites a los poderes de decisión, consustanciales a la democracia constitucional.

Los tipos de control cambian, como heterogéneos son los contrapoderes. Las segundas cámaras, el referéndum o los poderes territoriales reúnen ambas características: son instituciones electivas, con legitimidad democrática propia, a la vez que ejercen funciones de contrapeso a la otra cámara y al Gobierno, en los dos primeros casos, o al poder central en el caso de los entes territoriales autónomos. Además de estos, ostentan la legitimidad de función, el poder judicial y la justicia constitucional, como órganos de control jurisdiccional, elemento claves del Estado constitucional de Derecho. También ocurre con las autoridades independientes, sobre todo aquellas que ejercen una función de control en ámbitos especializados (derechos fundamentales, libertad económica, supervisión electoral…) sobre el gobierno en donde el componte experto o técnico es lo más relevante. Distinta es la función del Jefe del Estado en los sistemas parlamentarios, de tipo representativo de la Nación y moderador entre los poderes públicos, por tanto, garante de los equilibrios entre poderes, previstos constitucionalmente. En el caso de la Corona, se añade la legitimidad histórica. En todos los casos de órganos no directamente políticos con legitimidad democrática, la independencia –acompañada en varios casos de la neutralidad y la imparcialidad- del órgano es fundamental para poder desarrollar debidamente las funciones que el ordenamiento les encomienda.

Pero la idea de equilibrio también tiene una vertiente dinámica que se refiere a la participación en las decisiones de otro ente, órgano u organización supranacional, o la cooperación entre ellos, o incluso a la intervención de las instituciones representativas en el nombramiento de los miembros de algunos contrapoderes o de sus órganos de gobierno (Poder Judicial). De este modo, se equilibra el objetivo de la independencia con el de la legitimidad democrática. Finalmente, la limitación del poder a través de la división y el equilibrio entre poderes tiene una dimensión finalista fundamental: la garantía de la libertad y los derechos fundamentales en que se concreta. Por ello, decíamos que el diseño institucional en un Estado puede contribuir a potenciar o a limitar los derechos.

Conviene distinguir la democracia iliberal del régimen autoritario electivo, en el que se siguen convocando elecciones periódicas, aunque no sean normalmente ni lo suficientemente libres ni justas. Ello es así por carecer, tanto de la garantía de neutralidad gubernamental en la campaña o la financiación pública, como de órganos de supervisión fiable, ya que normalmente está en manos del Ejecutivo o de autoridades electorales que no reúnen los requisitos de independencia e imparcialidad. Además de ello, el ejercicio del poder se lleva a cabo de forma autocrática, con limitaciones a la oposición y a la autonomía de la sociedad civil organizada, poderes locales e iglesias. Pero no siempre es difícil distinguir un régimen autoritario electivo de una democracia iliberal o del populismo constitucional. Es cuestión de grado al que se llega en la quiebra de la democracia y sus instituciones, no solo en el plano normativo sino también en el de la cultura política de los respectivos Estados: allí donde hay una cultura política asentada y una tradición de separación entre poderes públicos y sociedad así como de institucionalidad, las reformas normativas son menos distorsionantes del modelo democracia liberal o constitucional porque las resistencias sociales y de la opinión pública son más intensas que allí donde se carece de esa tradición de limitación del poder. En el contexto europeo, se dan casos de democracias iliberales, y solo en sus bordes por el Este y el Sur algunos autoritarismos electivos (*e.g.* Rusia y Turquía).

La puesta en crisis de la democracia propia de los populismos o los iliberalismos se produce desde el interior de las instituciones de poder y con la colonización de los contrapoderes por la mayoría o por los partidos. Y es gradual. Todo ello a diferencia de los golpes de estado o revoluciones. Por ello hablamos de erosión democrática. Cuesta detectarla al inicio y reaccionar contra ella porque se requiere ordenar las distintas piezas o actuaciones, y porque sus autores se amparan en la defensa de la democracia misma y en la voluntad del pueblo para ir socavando los contrapoderes, sobre todo los judiciales. Cuando, en cambio, ya es evidente el daño causado a la democracia constitucional, la reacción y su reversión se vuelve más costosa porque las instituciones de garantía

y control han sido colonizadas por el poder político y se muestran sumisas y complacientes o al menos muy deferentes con el mismo.

Por ello, ante tal situación, muchas miradas en los países europeos se vuelven hacia organizaciones inter o supranacionales, como el Consejo de Europa y la Unión Europea y sus diferentes instituciones políticas, técnicas o judiciales. Estas se perciben, cada vez más, como tabla de salvación para hacer frente al populismo o iliberalismo en el poder. Lo que muestra la experiencia de los países donde se ha ido más lejos hasta ahora en las violaciones sistémicas del Estado de Derecho y la deriva iliberal de sus instituciones es que al final corresponde a la ciudadanía la tarea fundamental de cambiar de mayoría para poder revertir la situación (Polonia). Las instituciones y órganos europeos son más bien, lo que no es poco, atalayas de observación y redes de seguridad, cada vez más eficaces en la denuncia y sanción de las lesiones al Estado de Derecho, como se está viendo en la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por una parte, y de los mecanismos creados al efecto por la Comisión Europea (el criterio de condicionalidad vinculado al cumplimiento del Estado de Derecho para la distribución de fondos que opera desde 2022 se ha mostrado eficaz para frenar ciertas actuaciones en Hungría). Los órganos del Consejo de Europa, particularmente la Comisión de Venecia y el GRECO, han actuado como vigilantes del cumplimiento de estándares europeos sobre el Estado de Derecho y la independencia judicial en los Estados miembros.

En el marco conceptual y de la realidad que se ha avanzado, esta obra pasa revista a la regulación y al funcionamiento de las instituciones y órganos cuya razón de ser es o incluye la limitación del poder de la mayoría de gobierno, y se detiene a analizar qué principios orientan las funciones de cada institución y a detectar los déficits de normación y de actuación de los mismos. Es un estudio jurídico-constitucional sobre todo centrado en el caso español, en las instituciones y órganos generales del Estado, pero con atención al Derecho comparado, al Derecho europeo y al Derecho transnacional (Comisión de Venecia). Trata de combinar lo descriptivo de la situación actual del funcionamiento de cada institución o aspecto analizado con un análisis crítico de su regulación constitucional y legislativa, para concluir con algunas propuestas de reforma o interpretación que mejoren la regulación o el funcionamiento para corregir derivas iliberales o de colonización de las instituciones y órganos por partidos o por la mayoría.

Un análisis más detenido de la situación de crisis de la democracia provocada por el populismo o el iliberalismo muestra que, junto con el estudio de los contrapoderes constitucionales, es preciso también tener en cuenta cómo esas corrientes ideológicas inciden sobre el ejercicio de la democracia representativa y pluralista. El Parlamento, de

entrada, expresa la voluntad popular, como defienden los populistas, de ahí que se atribuya a este —en realidad se refieren a la mayoría de gobierno— la elección de los miembros de los órganos de control, con lo que difícilmente pueden erigirse en poderes contra-mayoritarios. Los populistas también introducen límites a la representación y a uno de sus elementos fundamentales: el mandato libre de los parlamentarios, a la vez que se minusvalora el papel que juega la oposición parlamentaria. Esto afecta al carácter pluralista y deliberativo de la democracia. Pero sobre todo los populismos tratan de contraponer, en el plano simbólico y, cuando es posible, en la forma de ejercicio de la democracia, a las instituciones representativas el referéndum o bien mecanismos de democracia participativa –según el tipo de populismo de que se trate. Por esto, hay que subordinar la actuación parlamentaria a las formas de participación directa, en tanto que manifestaciones auténticas de la voluntad popular. La mejora de la calidad democrática y de la relación representativa entre representantes y representados, de las que nos ocupamos ya en otro libro colectivo anterior (*Libro blanco sobre la calidad democrática en España*, 2018) se erigen como objetivos por lo menos tan necesarios y oportunos como entonces.

La protección de algunos derechos fundamentales desde una perspectiva multinivel, como la libertad de información y el derecho de manifestación, forma parte de los mecanismos jurídicos que tanto en el plano subjetivo como sobre todo en el objetivo contribuyen a la salud de nuestras democracias frente a nuevos peligros procedentes del uso de internet, la inteligencia artificial o de la utilización desde el poder del derecho de manifestación. Una opinión pública libre y una ciudadanía activa son indispensables para el fortalecimiento de la democracia, como también una comprensión del principio de igualdad que no lleve a amparar el derecho a la diferencia de grupos y colectivos, que tienden a crear compartimentos estancos regidos por leyes particulares y zonas de inmunidad de control en el interior de los mismos.

Atendiendo a las reflexiones que se acaban de efectuar, y que constituyen el trasfondo de la obra, esta se divide en cuatro partes. La primera contiene un análisis teórico e histórico de los equilibrios entre poderes y los límites al poder, en el que se analiza, en primer lugar, cómo el populismo socava la democracia tanto en su dimensión constitucional como en la representativa, así como vías posibles de actuación normativa para paliar o revertir sus efectos (Josep Mª Castellà). En segundo lugar, se lleva a cabo una mirada externa o histórica, en que se fija la atención en la Escuela de Salamanca y en cuáles son los tipos de límites al poder que plantean Vitoria y Suárez (Roger Boada).

A continuación, la segunda parte se centra en la relación entre democracia representativa y democracia directa o, en concreto, el referéndum. Este es, como se ha indicado, uno de los temas clave en

que coinciden los diferentes populismos, y que pone sobre la mesa la cuestión de los límites a la mayoría parlamentaria sea en las decisiones ordinarias sea en el momento del cambio constitucional. Abordamos esta cuestión desde una doble perspectiva: la primera, el fortalecimiento de la centralidad del Parlamento como antídoto frente al iliberalismo, a través sobre todo de la función de control al Gobierno (Daniel Fernández) y de la posición y funciones de la oposición parlamentaria. En este caso son de gran apoyo las consideraciones efectuadas por la Comisión de Venecia (Luis Gaspar). También se plantea si es posible mejorar la representación política a través de la participación organizada de grupos y minorías como cada vez se plantea en más sitios con el fin de proteger a colectivos de distinto orden (territoriales, vulnerables, etc.), y si ello tiene incidencia en la función contramayoritaria al interior de los Parlamentos (Oriol Rodríguez). La segunda perspectiva aborda el papel del referéndum en España que es, como regla, más complementario de las instituciones representativas que contrapoder, aunque en determinados casos pueda cumplir esta función (Reyes Pérez Alberdi). Finalmente, se aborda una cuestión particular, pero de gran actualidad: el recurso a órganos constituyentes distintos del Parlamento y a mecanismos participativos que separan la elaboración de una constitución de la legislación ordinaria, a la luz de la experiencia comparada y chilena reciente en especial (Francisco Soto).

En la tercera parte se aborda la afectación del populismo a la democracia en su dimensión constitucional. Esto es, cómo otros poderes del Estado, las autoridades independientes y las entidades infra y supra estatales actúan como contrapoderes políticos y jurídicos del Gobierno y el Parlamento, en concreto, de la mayoría parlamentaria. Así, en primer lugar, se toma en consideración a diferentes instituciones y órganos del Estado y la forma en que ejercen como contrapesos: la Jefatura del Estado, en particular la Corona, y sus funciones de moderación entre poderes (Enriqueta Expósito), la utilización cada vez más habitual por el gobierno del decreto ley como respuesta a la debilidad del Parlamento (Esther Martín) y el Defensor del pueblo, a caballo entre sus funciones de control y de propuesta, y que genera una deliberación interinstitucional y con la ciudadanía (Guillermo Escobar). Atención particular merecen las autoridades independientes y su relación con el Parlamento, lo que se focaliza en el sistema de nombramiento y el control parlamentario de las mismas (Marco Antonio Simonelli), con el estudio de caso de las instituciones fiscales independientes (Antonio-Martín Porras). El Tribunal Constitucional es tratado, sobre todo, en su ineludible dimensión política de defensa de la Constitución (Luis Landauri y Pablo Nuevo). Por último, de forma transversal a las instituciones estudiadas, se aborda el principio de independencia como elemento clave para el ejercicio de las funciones constitucionales y legislativas de forma debida y como barrera de separación frente a

injerencias externas (Sara Alemán). En segundo lugar, se completa el análisis de los contrapoderes desde una perspectiva externa o relacional, que tiene en cuenta la dimensión multinivel del constitucionalismo contemporáneo, sobre todo, del europeo. En este contexto se estudia si y cómo las Comunidades Autónomas actúan, entre las varias funciones que llevan a cabo, como contrapoder del Estado central (Esther Seijas) y cómo la Unión Europea se ha erigido en verdadero contrapoder político de los Estados miembros, además de ámbito de decisión pública más allá de los ámbitos económicos, lo que se observa claramente en la tarea de promoción del Estado de Derecho (Núria González Campañá).

Por último, la cuarta parte de la obra aborda la cuestión de los contrapoderes en la democracia constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales y cómo estos introducen límites al poder político. Un sistema vigoroso de derechos fundamentales, particularmente de las libertades públicas y de los derechos políticos, supone una barrera efectiva a la hegemonía del populismo. Para ello hemos tomado en consideración algunos derechos fundamentales por su particular incidencia en el tema del libro. Así, es fundamental el rol que juega la opinión pública y el derecho de manifestación como elemento crítico respecto al poder (Charo Tur). También los problemas que plantea el acceso a internet como elemento democratizador en el ejercicio de la libertad de información y de expresión sin mediaciones institucionales (Loreto Segura). El juicio de igualdad juega un papel destacado a la hora de conformar la relación entre los distintos tipos de mayorías y minorías y su control por el Tribunal Constitucional (Elia Marzal). Por último, el sistema internacional de protección de los derechos humanos, en particular el interamericano, puede suponer un choque entre la soberanía de los Estados y los equilibrios constitucionales internos a la vista del efecto expansivo que la Corte de San José ha dado a los derechos humanos (Juan Tello).

El libro no agota los asuntos susceptibles de ser tratados. Se ha tenido en cuenta sobre todo la realidad institucional española. Así, no está el Senado porque no es un verdadero contrapoder sino más bien una cámara débil de segunda lectura con algunas funciones concretas que sí entran en la dinámica de las relaciones entre poderes: su participación en la reforma constitucional casi en igualdad de condiciones que el Congreso, o las medidas que se dicten al amparo del art. 155 CE para controlar políticamente de forma extraordinaria a las Comunidades Autónomas que atenten contra el interés general. El nombramiento de los miembros de órganos de control como el Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo se aborda con carácter general en algunos capítulos. Tampoco se ha estudiado específicamente el Poder judicial como tal ni su órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, pero algunos problemas que plantea su diseño y su funcionamiento han sido objeto de análisis en la obra. Queda para trabajos posteriores

un estudio detenido de los derechos fundamentales como ámbitos autónomos respecto al Estado, cuya neutralidad se predica, y por ello mismo barreras al avance del populismo (libertad religiosa, académica, ideológica, etc.), sobre todo en su dimensión institucional (confesiones religiosas, universidades o partidos) y desde una perspectiva multinivel, con la garantía judicial de tribunales europeos.

La obra colectiva reúne a un amplio grupo de académicos constitucionalistas, participantes en el proyecto, procedente de varias universidades españolas, la mayoría de ellos de universidades catalanas, los cuales forman parte del Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO) y la cátedra Jean Monnet de la Universidad de Barcelona en Democracia Constitucional Europea (EUCODEM). Algunos, además, participaron en un proyecto europeo Horizon 2020 dedicado a la democracia europea ante la amenaza populista (DEMOS). Se puede advertir que el grupo reúne una notable experiencia en el estudio del populismo constitucional y su afectación a las democracias constitucionales o liberales. Han contribuido a esta publicación académicos consolidados, profesores más jóvenes, así como doctorandos e investigadores postdoctorales. Todo ello ha generado una dinámica de trabajo en seminarios que enriquece la obra. Este es precisamente uno de los activos principales de nuestro grupo de investigación que nos parece pertinente resaltar.

La oportunidad de esta obra en el debate constitucional español parece indudable. Una de las conclusiones a las que se llega con la lectura de las distintas aportaciones es precisamente que ninguna democracia, ni siquiera las consolidadas, quedan al margen de los envites del populismo. Nuestra mirada analítica suele detectarlos rápidamente en democracias jóvenes o inestables —y lejanas—, pero cuesta más asumir que la amenaza iliberal se pueda propagar, incluso de forma más rápida de lo esperado y deseado, en democracias consolidadas y en España. Por ello hay que estar atentos a las observaciones, redactadas en un lenguaje a veces demasiado cauto, sobre algunos elementos que configuran el Estado de Derecho, en los informes anuales de la Comisión Europea desde 2020, así como a las rondas de evaluación de GRECO, en particular en relación con las recomendaciones sobre el cumplimiento de los estándares europeos respecto al órgano de gobierno del Poder Judicial y el Fiscal General del Estado. O a los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la designación de ciertos cargos públicos al frente de órganos del Estado o de autoridades independientes como la Agencia Estatal de Protección de datos. La sociedad española conserva resortes importantes para hacer frente a esta deriva.

Antes de acabar es justo agradecer a los que han hecho posible la publicación de este libro. A los doctorandos Sara Alemán y Javier Moreno, de la Universidad de Barcelona, que se han ocupado eficazmente

de las tareas de edición. A la editorial Marcial Pons y Lola Fisac, por haber dado todas las facilidades para una rápida publicación. Y a la Fundación Manuel Giménez Abad y su director, José Tudela, por la contribución a la financiación de la obra, además de los fondos procedentes de la cátedra Jean Monnet EUCODEM.

Josep M.ª Castellà Andreu
Enriqueta Expósito

CAPÍTULO I

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y CONTRAPODERES FRENTE AL POPULISMO

Josep M.ª Castellà Andreu
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

«*El populismo es el uso demagógico de la democracia para acabar con ella*»[1]

1. CONTEXTO: EL IMPACTO DE LOS POPULISMOS EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONALES

Se suele caracterizar nuestra época por la fuerte presencia del populismo en la política. Más que intentar precisar qué es el populismo y quiénes son los populistas, nos interesa observar qué hacen los populistas en las instituciones en relación con los asuntos constitucionales (estén estos incluidos o no en la norma fundamental), los efectos que produce tal actuación y cómo combatirla[2]. Nos interesa particularmente analizar la incidencia del populismo en la organización institucional y su afectación a los *checks and balances* de nuestras democracias constitucionales (dejamos de lado ahora las implicaciones de los populismos

[1] E., Krauze, *El pueblo soy* yo, Madrid, Debate, 2018, p. 118.

[2] Así pues, vamos a seguir el método que Martinico ha denominado proceder por identificación más que por definición, en G. Martinico, *Filtering populist claims to fight populism,* Cambridge, Cambridge U.P., 2022, p. 10 ss.

en los valores, principios y derechos constitucionales). Es obvio que las crisis de dicha forma de estado vienen de antes de la última eclosión populista, pero nos centramos en esta por ser la que incide en nuestras democracias contemporáneas, erosionándolas desde las instituciones.

El populismo se suele presentar como el «contenedor» de toda reacción al *statu quo* político-institucional en la actualidad. Ello ahorra precisar y distinguir situaciones que no son iguales ni todas ellas criticables. La incidencia de los populismos en el plano constitucional se produce en la actualidad en varias áreas geográficas, particularmente en Europa Central y del Este, el Norte de Europa, Estados Unidos o Latinoamérica. En este contexto, Italia y España representan dos casos relevantes de crecimiento en los últimos años e impacto constitucional del populismo (de varias expresiones del mismo) en la Europa del Sur o mediterránea. En Italia hay incluso ya una concreción —menor— en el plano constitucional: se aprobó en septiembre de 2020 una reforma constitucional bajo el impulso del gobierno de coalición 5 Stelle-Lega: la reducción en un tercio de los miembros de ambas Cámaras del Parlamento, alegando los «costes de la política»[3]. Recientemente el gobierno Meloni ha propuesto una reforma constitucional que pretende la elección directa del presidente del Consejo de Ministros y la supresión de los senadores vitalicios (octubre 2023), a la que no pocos han dado una lectura en clave populista[4]. En España, en 2020, los dos grupos parlamentarios de la mayoría presentaron una proposición de ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que preveía cambios para superar el bloqueo en la renovación del Consejo General del Poder Judicial, y que fue retirada previsiblemente por la reacción crítica de la Comisión Europea. Algunas de las medidas contempladas entonces fueron aprobadas en 2021 y 2022, restringiendo las funciones del Consejo, particularmente las de nombramientos de magistrados, mientras se halle «en funciones», lo que afecta de forma negativa al funcionamiento del poder judicial y a la tutela judicial[5]. El impacto del

[3] La Cámara de Diputados ha pasado de 630 a 400 diputados y el Senado de 315 a 200 senadores.

[4] G. Pasquino, «Il premierato del governo è l'anticamera di un populismo vittimista, *Domani*, 31 octubre 2023.

[5] Proposición de ley presentada el 13 de octubre de 2020 por los grupos parlamentarios Socialista y Unidas Podemos del Congreso, en la que se preveía la reducción de la mayoría requerida para la elección de los vocales del turno judicial del CGPJ en segunda vuelta de tres quintos a mayoría absoluta de cada Cámara, la reducción de las funciones del Consejo una vez finalizados los cinco años del mandato, así como la constitución del órgano aun cuando solo una de las Cámaras hubiese procedido a la elección. Ver en *https://confilegal.com/wp-content/uploads/2020/10/PROPOSICI%C3%93N-DE-LEY.pdf*. Posteriormente se aprobó la LO 4/2021, de 29 de marzo, modificada por la LO 8/2022, de 29 de julio, para permitir la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional (modificación de los arts. 580 bis y 599). La controvertida STC 128/2023 ha estimado conforme a la Constitución la reforma de 2021 con el Voto Particular de los cuatro magistrados de la minoría.

populismo en el desarrollo constitucional por parte de la legislación y la acción política no acaba aquí en ambos países.

Es fácil incurrir en simplificaciones a la hora de calificar como populista a un partido, gobierno o política constitucional. A ello contribuye el uso del término «populista» como arma arrojadiza, para descalificar posicionamientos de (sobre todo, aunque no solo) partidos de nueva aparición, contrarios al *mainstream* político. De ahí el riesgo de confundir versiones de populismo del pasado con las actuales (la demagogia en la antigua Grecia, el populismo agrarista ruso del siglo XIX, el partido populista en Estados Unidos en la última década del siglo XIX y principios del siglo XX[6] o los populismos latinoamericanos de mediados de dicho siglo) o de abusar de la calificación y de su utilización frecuente para referirse (retrospectivamente o en la actualidad) a lo que son ideologías distintas del populismo, a teorías constitucionales como la decisionista de Carl Schmitt, o a regímenes autoritarios (electivos) como los de Venezuela, Turquía o Rusia, sin perjuicio de que su origen pudiera responder, en algunos casos, a fenómenos populistas.

Con carácter general, Isaiah Berlin distinguía en 1967, en un seminario celebrado en la London School of Economics (LSE), considerado seminal en la reflexión sobre el populismo, a este de los «falsos populismos», que pueden presentar concomitancias con el mismo pero que no se pueden incluir como expresiones del mismo. Es lo que sucede con los totalitarismos nazi-fascista y comunista o con posiciones reaccionarias y tradicionalistas nostálgicas. En cambio, nuestro autor ya advierte de la estrecha relación entre populismo y nacionalismo[7].

Para analizar la dimensión constitucional del populismo (en España poco estudiada de forma holista) necesitamos partir de unos rasgos identificativos del mismo. En el seminario de la LSE mencionado ya aparecen los rasgos fundamentales que la doctrina politológica ha ido precisando desde entonces, dando lugar a los distintos tipos de populismo, según los elementos que concurran o la relevancia de cada uno de ellos. Dichos rasgos tratan de responder a la pregunta fundamental de quién es el «pueblo» de los populistas: *a)* una comunidad coherente, integrada, unida por vínculos de fraternidad y por un deseo de igualdad social (frente a sociedades atomizadas); *b)* formada por hombres naturales, que han sido corrompidos por los enemigos, las élites (incluso

---

[6] En Estados Unidos, el Partido Populista contribuye a poner sobre la mesa el debate sobre la reforma democrática del Senado con la elección popular, que culmina con la aprobación de la Enmienda XVII de 1913, por la que se pasa de la elección de los dos senadores que representan a cada Estado de la Unión por las Legislaturas estatales a la elección directa, con lo que se hace primar al principio democrático sobre el federal.

[7] *Vid*. I. Berlin *et al.*, «To define populism», *Government and Opposition*, vol. 3, núm. 2, 1968, p. 143 ss. Dicho seminario tiene lugar en el contexto de la descolonización, de la crisis social y de Occidente con el auge del individualismo, que estallaría en revueltas sociales en diversos lugares en 1968.

democráticas) y con miedo a ser controlados por minorías; *c)* que comparten unos valores que suelen venir del pasado; y *d)* que buscan lo espontáneo y la regeneración moral frente a la degeneración de la política[8].

¿Se pueden hallar posturas de fondo comunes a todos los populismos tras las aparentes diferencias estratégicas y tácticas, o más bien cada uno es distinto? Berlín aludió al «complejo de la cenicienta» para aludir al fenómeno del populismo en general y poner de manifiesto el peligro metodológico en que pueden incurrir sus investigadores: la búsqueda del tipo ideal donde encajar perfectamente cualquier caso, como el príncipe va buscando el pie que se ajuste al zapato de la doncella perdido en el baile, cuando lo relevante es reparar en los rasgos comunes a las distintas manifestaciones[9]. Partamos de una primera aproximación a la hora de identificar el populismo en términos constitucionales: 1) el discurso político-constitucional anti pluralista y contrario a los *checks and balances* de la democracia constitucional; y 2) la formulación de propuestas y/o la realización de actuaciones normativas de rango infralegislativo, legislativo y constitucional, y de gobierno, relacionadas con el diseño institucional así como con las formas de ejercicio de la democracia, que se basen en dicho discurso político-constitucional.

De este modo el populismo constitucional se concreta en dos aspectos: en primer lugar, en relación con el sujeto y el objeto, pretende otorgar la *exclusividad* a la representación *legítima* del pueblo *verdadero*[10]. En el constitucionalismo liberal democrático, la representación del pueblo (el soberano en el Estado democrático: «*We the people*») es ejercida por todos los representantes en el Parlamento, de ahí su intrínseca relación con el pluralismo político, y en el marco de un concreto sistema institucional determinado por la constitución y basado en la división de poderes (forma de gobierno). El populismo constitucional, en cambio, separa el pueblo «verdadero» de la élite, considerando al pueblo de forma homogénea; distingue entre la representación formal —alejada de la ciudadanía y sus intereses «reales»— y la real o «legítima»; y da primacía a los poderes de decisión política (el poder legislativo y el de dirección política del ejecutivo), legitimados por el cuerpo electoral, sobre los poderes de control (judicial, justicia constitucional y autoridades independientes), vistos estos últimos como obstáculos a la actuación de los primeros.

En segundo lugar, en cuanto al origen y legitimidad de la Constitución, los populistas se muestran ajenos respecto a la Constitución vigente, sus principios fundantes y al pacto constituyente de la que

---

[8] I. Berlin, *ibid*.

[9] I. Berlin, *ibid*.

[10] J. W. Müller,*¿Qué es el populismo?,* México, Grano de Sal, 2017, p. 33 ss.

aquella es resultado[11]. Los populistas se suelen mostrar contrarios a la continuidad de dicho pacto o de la Constitución. De ahí que el populismo constitucional abogue por una nueva legitimidad política propiciada por la ruptura constitucional. Con este propósito impulsa o aprovecha revueltas populares para aprobar una nueva constitución. Este espíritu refundacional sigue diversas estrategias, según las circunstancias de cada caso, entre las que destacan la utilización (más o menos estricta) de los procedimientos de reforma de la Constitución vigente o bien la creación de asambleas o convenciones constituyentes (Venezuela, Bolivia, Hungría). Ello se suele justificar desde una concepción radical de la democracia que aboga por una función transformadora de la constitución. Esto es, la necesidad de adecuar las constituciones a las nuevas aspiraciones y demandas sociales sin ataduras del pasado o de la tradición constitucional (la nueva constitución como «hoja en blanco» en Chile en 2022). Además, suele implicar la deslegitimación del origen de la Constitución y de sus instituciones fundamentales (España).

El populismo constitucional es, a la vez, causa y efecto de la crisis del constitucionalismo liberal democrático: por un lado, las crisis actuales contribuyen al auge del populismo, por el otro, el populismo profundiza la crisis de la democracia, en tanto democracia pluralista, constitucional y representativa. El populismo surge con fuerza en un momento en que concurren varias crisis (económica, de desafección política, social, de valores, de emergencia sanitaria, además de la nacional desintegradora en el caso español) que golpean a nuestras comunidades y sus Estados constitucionales. Pero el malestar en y con de la democracia viene de antes, de los años setenta y ochenta con las transformaciones sociales y políticas conocidas. Ello lleva a la crisis de la «democracia de equilibrio», que se había asentado a lo largo del siglo XX, basada en compromisos respecto a constituciones, instituciones contra-mayoritarias, sistemas electorales…[12]. En definitiva, el constitucionalismo de integración o de consenso. Surgen protestas sociales en los últimos años: 15M o el «*procés*» independentista catalán en España, el *Tea Party*, *Occupy Wall Street* o la toma del Congreso en Estados Unidos, los chalecos amarillos en Francia, reacciones sociales a las medidas de confinamiento durante la crisis sanitaria, o contra medidas de índole social aprobadas por el Congreso o el Gobierno en países iberoamericanos como Perú o Chile, o el cuestionamiento en el Reino Unido y en países del Este de Europa del proceso de integración euro-

[11] Así M. Olivetti, «Populismo e costituzionalismo: appunti per un ragionamento attorno a cinque antitesi», en AA. VV., *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, vol. III, Nápoles, Ed. Scientifica, 2024, p. 2999. Para Olivetti, además de los populistas, las fuerzas participantes en el compromiso constituyente a veces también se alejan del mismo con la aprobación de leyes a golpe de mayoría sobre decisiones constitucionales.

[12] P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable,* París*,* Gallimard, 1998, pp. 12-13 y 26-28.

pea y en Europa occidental de las políticas de acogida de refugiados o de inmigrantes. Buena parte de estos conflictos, de origen y naturaleza heterogéneos, contienen críticas o demandas de orden constitucional, además de político. El caso chileno es ilustrativo: el «estallido social» de octubre de 2019 derivó rápidamente en un movimiento en favor del cambio constitucional y en un pacto político para elaborar una nueva constitución («Acuerdo por la paz social y la nueva constitución», 15 de noviembre 2019). Los eslóganes «No nos representan» o «*take back control*» resumen el estado de opinión señalado que se expresa mediante el voto en elecciones y referéndums.

Ello pone de manifiesto, por un lado, una crisis de la representación política y de las instituciones representativas, que se pretende corregir, desde ciertos sectores políticos y doctrinales que denuncian el estado actual de la democracia representativa, con una mayor participación popular o involucramiento de la ciudadanía en los asuntos públicos. Esto es, mediante instituciones de «democracia protagónica» o participativa, o bien el impulso de referéndums y de consultas populares de diverso tipo, como respecto a la secesión de territorios de las comunidades de pertenencia, la reforma o el cambio constitucionales o sobre iniciativas legislativas, no pocas veces ligadas a valores morales. Una manifestación radical de esta crisis de pertenencia la ofrecen los movimientos separatistas en el seno de Estados o de la UE.

Por otro lado, se produce una crisis del sistema de partidos, que había permanecido estable desde la II postguerra (en España desde los años ochenta), y que se manifiesta ya sea con el derrumbe del sistema de partidos (Francia, Italia) o con la aparición de nuevos partidos, movimientos e hiperliderazgos. Esto da lugar a parlamentos más fragmentados y más polarizados, con la consiguiente inestabilidad legislativa y gubernamental. Una vía de salida, propia de este tipo de escenarios, es el fortalecimiento del gobierno en la toma de decisiones (el uso expansivo del decreto ley o la legislación delegada, además de las normas reglamentarias). El presidente o el gobierno, en esas circunstancias, apelan al pueblo directamente como fuente de legitimación de sus decisiones y tienden a forzar a su favor la arquitectura constitucional basada en la separación y equilibrio de poderes. Ello sucede, aunque por vías distintas, tanto en el contexto de sistemas parlamentarios y semipresidenciales (Europa), como en sistemas presidenciales (América del Norte y del Sur).

Con demasiada frecuencia se pretende asemejar esta época con otras precedentes. Sin embargo, la crisis actual de la democracia y el constitucionalismo es diferente de la de los años veinte y treinta del siglo xx, que produjo el surgimiento de ideologías, partidos y de formas de Estados totalitarias. Aquellos no eran tiempos populistas, sino nacionalsocialistas, fascistas o comunistas, y las democracias constitucionales aún no se habían consolidado en buena parte de los

Estados. También el actual es un momento distinto de la etapa de expansión de las constituciones de consenso y de las democracias representativas por todo el mundo (desde la Segunda postguerra hasta años ochenta y noventa siglo XX), pues se han quebrado los consensos políticos y constitucionales, que están en la base de las constituciones de la Segunda postguerra. El constitucionalismo que surge de las potencias vencidas tras la Segunda Guerra Mundial se basa, en mayor o menor medida, en la desconfianza hacia el poder omnímodo del pueblo (como ocurría, asimismo, en los debates constitucionales de Estados Unidos en 1787), sobre todo una vez que se ha generalizado el sufragio universal y se han consolidado los partidos de masas. Por este motivo, el constitucionalismo de la postguerra articula una amplia gama de barreras y de instrumentos de contrapoder político y jurídico al Parlamento y a la mayoría, algunos pre-existentes desde la Europa de entreguerras, como las normas gubernamentales con rango de ley, el contenido esencial de los derechos, la garantía institucional o la justicia constitucional[13].

En cambio, en la actualidad se impulsan constituciones más ideológicas y de parte, en un entorno de gran polarización política. El populismo constitucional programáticamente pretende, en los sistemas parlamentarios, ampliar los poderes de la mayoría y del presidente del gobierno, aunque se revista de una revitalización del Parlamento, en tanto que institución que ejerce la soberanía popular, frente a los poderes de control político y jurídico. En los sistemas presidenciales, se busca fortalecer los poderes presidenciales frente al Parlamento. En ambas formas de gobierno se aúpa, en primera instancia, al pueblo como fuente absoluta de legitimación política. De este modo, se enfatiza el componente legitimador de la democracia, frente a las instancias institucionales y jurisdiccionales de control o contramayoritarias. Esto es, se defiende el elemento democratizador frente al liberal o constitucional. La clave del mantenimiento de las democracias constitucionales está en si el primero llega a poner en peligro el segundo.

Hasta ahora se ha contrapuesto (luego vendrán los matices) el populismo constitucional al constitucionalismo liberal-democrático. ¿Se puede decir que existe también un «constitucionalismo populista»? Esto es, un tipo ideal constitucional *alternativo* al racional-normativo o liberal-democrático, que articule el populismo constitucional. Más que ante una teoría constitucional compacta, nos parece que nos hallamos ante programas de tipo político-constitucional, sin una elaboración original, que utiliza una amalgama de elementos teóricos de origen heterogéneo (roussoniano, schmittiano…). Por ahora podemos dar cuenta de rasgos

[13] J. Esteve Pardo, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho Público en Europa,* Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 181 ss.

comunes y casos de populismo constitucional más que identificar un supuesto tipo ideal propio[14].

A la hora de identificar los rasgos identificadores del populismo constitucional, conviene atender a las similitudes y diferencias entre el populismo constitucional europeo y el latinoamericano, como se dan entre dos formas de populismo en general, vistos aquí de forma simplificada y sin desconocer la pluralidad de populismos a uno y otro lado del Atlántico[15]. En Europa, se ha popularizado la «democracia iliberal» de Orbán en Hungría. Por el lado iberoamericano, el «nuevo constitucionalismo latinoamericano» se identifica con las experiencias de cambio constitucional en Venezuela, Bolivia y Ecuador. También en este caso se discute sobre la continuidad o ruptura con el constitucionalismo liberal democrático. Mientras para Gargarella se trata de «continuidades gravemente acentuadas»[16], para Viciano Pastor y Martínez Dalmau se produce una ruptura, en la que se enfatiza la dimensión política o de legitimidad así como el carácter revolucionario[17]. La experiencia de la Convención constitucional chilena aporta una versión más reciente y también más matizada que las anteriores (sin que llegara a concretarse como experiencia, por la victoria del rechazo del proyecto de nueva constitución en el referéndum de 4 de setiembre de 2022)[18].

Aclarado el contexto político-constitucional y las posibles confusiones que se derivan de la utilización del término populismo constitucional, a continuación, vamos a abordar dos preguntas: ¿cómo afecta el

---

[14] Existe con este nombre una doctrina constitucional nacida en Estados Unidos en los años noventa del siglo XX. Dicha corriente trata de reequilibrar o corregir la deriva de la democracia americana favoreciendo su elemento democrático legitimador frente al considerado «aristocrático» o limitador del poder. Es una corriente que surge a partir de las obras de Richard Parker y Reed Amer. Este último exclamó de forma provocativa en 1997: «Puedo decir que soy un constitucionalista, un textualista y un populista». Estos y otros autores coinciden en rechazar el protagonismo de los jueces, y en particular el Tribunal Supremo, en la vida pública norteamericana, en clamar por una mayor participación ciudadana y en la limitación de mandatos de los representantes. *Vid*. L. Corso, «What does Populism have to do with Constitutional Law», *Rivista di Filosofia del Diritto,* núm. III.2, 2014, p. 443 ss.

[15] Sobre ello nos remitimos a A. Rivero, J. Zarzalejos y J. Del Palacio (coords), *Geografía del populismo,* Madrid, Tecnos, 2017.

[16] R. Gargarella, «Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano"», *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, núm. 27, vol. 1, 2018, p. 122.

[17] R. Viciano Pastor y R. Martínez Dalmau, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, 2011, pp. 8 y 15.

[18] Las diferencias entre el caso venezolano y el chileno en A. Brewer-Carías, «Algunas lecciones derivadas del proceso constituyente o populismo constitucional desarrollado en Venezuela en 1999 que podrían ser útiles para el proceso constituyente chileno de 2021», *Revista de Derecho Público,* núm. 167-168, 2021, pp. 161-171. Sobre el chileno en particular y su encuadramiento en esta corriente, nos remitimos a M. Peña Torres, «El proceso constitucional chileno como expresión del populismo constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm, 43, 2023, pp. 171-202.

populismo a nuestras democracias, tanto en su dimensión representativa como, sobre todo, constitucional?, y ¿cómo reaccionar frente al populismo desde el Derecho constitucional? Partimos de una premisa: el populismo supone una «erosión» de la democracia, no su «colapso» definitivo (sistemas autoritarios, aunque electivos)[19]. De ahí la conveniencia de precisar qué es lo que erosiona la democracia y el constitucionalismo.

Para responder a dichas preguntas, en los apartados siguientes planteamos dos tesis: 1) Entre la democracia representativa y el populismo la relación es ambivalente: las fuerzas populistas «utilizan» la representación o se sirven de ella, aunque apelen a la voluntad directa del pueblo frente a las intermediaciones institucionales. En el fondo, sin embargo, el concepto de pueblo a representar es distinto: para el populismo es homogéneo y mítico (de ahí que invoque la democracia de identidad como ideal), a diferencia de la concepción de representación que se ha asentado en el Estado democrático actual (II). En cambio, el populismo choca frontalmente con la democracia constitucional y la democracia pluralista (III). Y 2) La lucha contra el populismo (en su dimensión constitucional) pasa, a nuestro juicio, por el refuerzo de la democracia representativa frente a la democracia de identidad, y de la democracia constitucional y pluralista frente a la democracia radical o revolucionaria (IV).

2. POPULISMO Y DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: UNA RELACIÓN AMBIVALENTE

Democracia representativa y populismo presentan una relación polémica. De entrada, los partidos populistas reniegan de la deliberación y los consensos parlamentarios y abogan por la expresión de la voluntad popular sin intermediarios institucionales —de la «élite»— (relación directa pueblo-gobierno). Por ello apelan al referéndum o a la democracia protagónica (según el tipo de populismo) como formas de manifestación genuina de la voluntad popular en la toma de determinadas decisiones para la comunidad política, aunque no como forma de estado sustitutiva de la democracia representativa y sin suprimir las instituciones parlamentarias. La democracia verdadera se identifica, en el ideal político-teórico, con la democracia de identidad. Al mismo tiempo, se cubren las instituciones propias de la democracia representativa de sospechas por su (mal) funcionamiento: partidos que tienden a ocupar los espacios de la sociedad y las instituciones, ineficacia para resolver los problemas, representantes desconectados de los representados y sus necesidades, «teatro» parlamentario, incluso corrupción. Sin embargo, en las democracias contemporáneas la representación política es ineludible y no se concibe un sistema democrático sin esta. De

[19] Son los términos utilizados por Ginsburg y Huq. *Vid*. T. Ginsburg y A. Z. Huq, *How to save a constitutional democracy,* Chicago-Londres, Chicago University Press, 2018, p. 39.

ahí que los partidos populistas se inserten plenamente en él, aspiren a conformar mayorías parlamentarias y a que estas se pongan al servicio del líder-presidente para llevar a cabo las políticas deseadas. Para ello desde el poder aprueban reformas electorales que propicien mayorías amplias (Hungría) y programáticamente se defiende un estatuto de los parlamentarios que favorezca su disciplina intrapartidaria y, en última instancia, la introducción de la revocatoria de mandato.

El debate se plantea ahora en términos distintos de la relación entre democracia y representación en los años veinte y treinta del siglo XX. La democracia representativa, más que representar la síntesis de las histórica y teóricamente contradictorias representación y democracia, asume los postulados (la «ficción» que «frena» la plena democratización, dirá Kelsen) de la teoría clásica de la representación política propia del parlamentarismo liberal (representación de la nación como un todo, prohibición del mandato imperativo y la no revocación de mandato de los parlamentarios), a la vez que incorpora elementos democráticos: los partidos políticos como principales instrumentos de participación política y el sufragio universal e igual. El representante lo es del «pueblo», no de los electores concretos, ni de categorías, territorios o partidos. El principio de igualdad de voto y el principio de mayoría con respeto a las minorías en el procedimiento de adopción de las decisiones van a actuar como factores democratizadores del parlamentarismo, incluso la iniciativa legislativa y el referéndum que puede actuar como elemento de control del Parlamento, pero sin que la democracia directa pueda encarnar ninguna forma política alternativa viable[20]. Esteve Pardo se ha referido al «pensamiento antiparlamentario» en la Europa continental de aquellos tiempos, con manifestaciones variadas en la organización institucional, algunas de tipo totalitario, que salen del esquema democrático-constitucional[21]. Otras tienen lugar, sin embargo, en el seno de los frágiles Estados democráticos, como en la República de Weimar: se limita o corrige la centralidad del Parlamento introduciendo contrapesos institucionales, algunos de carácter democrático: los poderes del presidente directamente electo o la previsión constitucional de distintos tipos de referenda[22].

---

[20] *Vid*. H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934, particularmente p. 47 ss.

[21] Tanto el marxismo leninismo como el fascismo y el nacional-socialismo desarrollan versiones totalitarias antirrepresentativas, que tratan de escindir la democracia de la representación: la pluralidad de partidos es rechazada y se mantiene un único partido (ligado al Estado-aparato), se impone el mandato imperativo y la revocatoria de mandato. Así, los consejos de proletarios, campesinos y soldados se vuelven ingredientes propios de la democracia «popular», y las cámaras corporativas y el plebiscito en manos del Jefe del Estado son el pretendido vehículo de relación directa entre gobernantes y gobernados en la democracia «orgánica».

[22] J. Esteve Pardo, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho Público en Europa, cit*., p. 30 ss.

Frente a la aparente incompatibilidad entre democracia representativa y populismo, Müller advierte que sin democracia representativa no puede haber populismo[23]. Ello permite distinguir el populismo de la demagogia u oclocracia en la Antigua Grecia, otra forma degenerada de la democracia. Entendida esta como el poder ilimitado de la masa, que conduce a la tiranía, la peor degeneración de las formas de gobierno[24]. El populismo contemporáneo es distinto y tiene lugar en sistemas de democracia representativa. Critica a los representantes actuales (por ser élite alejada de la ciudadanía), pero su aspiración no es eliminar el gobierno representativo sino representar mejor al «pueblo verdadero», a la mayoría silenciosa, dejada de lado por los partidos y los representantes.

En el fondo, anida en los populistas una idea distinta de representación de la que se ha configurado en las democracias pluralistas: aquella asume un carácter ideal o «simbólico» del pueblo, al margen de los procedimientos de formación de la voluntad popular, de la deliberación y del carácter plural del soberano. Este aparece como un cuerpo homogéneo, orgánico y unificado (como para C. Schmitt). Es el «*peuple exclusion*» y «*emotion*»[25]. El populista aspira a cambiar las reglas de la democracia representativa, pero sin sustituirla por una imposible democracia de identidad, como forma de Estado, a través de normas electorales que amplíen su representación o de la limitación o eliminación de la prohibición de mandato imperativo, a la vez que pretende introducir la revocatoria de mandato. En definitiva, aceptan la representación como hecho ineludible, para instrumentalizarla, y no como elemento intrínseco a la misma democracia.

Asimismo, los populismos proponen utilizar las instituciones de democracia directa, semidirecta y participativa. Algunas experiencias constitucionales incorporan este tipo de instituciones como contrapoder, en detrimento de otros políticos y judiciales (Suiza) o junto a ellos (Italia). Los populismos plantean más bien la relación entre democracia representativa e instituciones de democracia directa en términos antagónicos: en el plano discursivo, el recurso a dichos mecanismos produce una mejor expresión de la verdadera voluntad popular que las instituciones representativas. En el plano práctico, se utiliza en términos instrumentales para reforzar los poderes y legitimar ciertas decisiones del presidente/primer ministro, pretendiendo una relación directa entre cuerpo electoral y presidente o gobierno. Por esto, la defensa de la democracia directa y participativa suele aparecer de forma coordinada con la reducción del número de parlamentarios y sus derechos.

En Europa occidental, los populistas han promovido reformas constitucionales o legales tendentes a impulsar la creación de nuevos

---

[23] J. W. Müller, *op. cit.,* p. 43 ss.

[24] J. De Romilly, *¿Por qué Grecia?,* Madrid, Temas para el debate, 1997, p. 124 ss

[25] P. Rosanvallon, *op. cit*., p. 446.

referéndums y consultas populares, que solo en parte consiguieron ser aprobadas. En Italia no ha salido adelante una propuesta de reforma constitucional para introducir una iniciativa popular propositiva indirecta que acaba en referéndum si no es aceptada la iniciativa, debiendo el cuerpo electoral decidir entre dicha propuesta y la del Parlamento. Se han advertido los síntomas plebiscitarios de tal propuesta[26]. Sí se ha aprobado, como se ha visto, la reforma constitucional tendente a la reducción del número de parlamentarios de ambas Cámaras para limitar los «costes de la política» (ambas iniciativas procedieron de 5 Stelle). Esto sucede en un momento en que el referéndum abrogativo, previsto constitucionalmente, atraviesa por un periodo de crisis, en que cuesta alcanzar el quorum de participación del 50 por 100 más uno requerido para producir efectos jurídicos. También se ha impulsado en la última década la celebración de referéndums en varios países sobre asuntos públicos relevantes como el referéndum del Brexit en el Reino Unido, el acuerdo UE-Ucrania en Países Bajos (tras un cambio legislativo en el referéndum en 2018, posteriormente revertido), las condiciones de rescate impuestas por la UE en Grecia, las cuotas de reparto de inmigrantes decididas por la UE o cuestiones morales en Hungría. O se «contamina» el referéndum de reforma constitucional en Italia de diciembre de 2016 convirtiéndolo en un plebiscito sobre el presidente del Consejo Renzi. En España, Unidas Podemos y Vox coinciden en apelar al referéndum, aunque diverjan de los asuntos a preguntar, y los nacionalistas catalanes utilizan la consulta/referéndum para decidir sobre la secesión (2014, 2017)[27]. En el interior de los partidos también se desarrollan mecanismos de participación directa para elegir candidatos o fijar posicionamientos sobre los temas de la agenda política, a veces de forma telemática. Además, 5 Stelle hace firmar a sus candidatos «códigos de conducta» que introducen el *recall* en manos de sus militantes, lo que acaba por afectar a la prohibición de mandato imperativo[28].

En Latinoamérica, se recurre al referéndum para crear asambleas constituyentes y se incluye la «democracia protagónica» como principio en las nuevas constituciones (Venezuela, Bolivia, Ecuador). En México se llevó a cabo una consulta popular sobre la revocación del mandato del presidente López Obrador, promovida por sus afines como instrumento plebiscitario (2022). MORENA ha propuesto en 2022, en

---

[26] A. Marrone, «L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?», *Federalismi.it,* núm. 23, 2018.

[27] *Vid*. la Ley 10/2014, del Parlamento catalán, de consultas populares no referendarias, en parte declarada inconstitucional por la STC 31/2015 y la Ley 19/2017, del referéndum de autodeterminación, declarada inconstitucional por la STC 114/2017. El *Acord de la claredat,* redactado por expertos nombrados por el presidente de la Generalitat Aragonés, insiste en el recurso al referéndum para afrontar la cuestión de la independencia o del futuro de Cataluña en España (octubre de 2023).

[28] A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare,* Nápoles, Ed. Scientifica, 2018, p. 102 ss.

el contexto de la conocida como «la cuarta transformación», una serie de reformas constitucionales, que no alcanzaron entonces los consensos parlamentarios suficientes, y que incluían la reducción del número de parlamentarios del Congreso o cambios en el Instituto Nacional Electoral. Estas se vendrían a sumar a otras aprobadas: la introducción de la revocatoria de mandato y la modificación del régimen de consultas populares (2019), a las que se añaden otras propuestas en 2024 relativas a la elección directa de jueces y de las autoridades electorales. Tales propuestas tienen en común una lógica de desconfianza parlamentaria y judicial, con el impulso de instrumentos de contrapoder popular respecto a las instituciones representativas y el debilitamiento de las mismas, incluso con la creación de Asambleas constituyentes mediante normas electorales especiales creadas por el Ejecutivo, las cuales entran en colisión y ahogan al Congreso (Venezuela, 2017).

De forma aparentemente contradictoria con lo anterior y en paralelo, los populistas en el poder suelen invocar la legitimidad democrática del Parlamento para atribuir a esta institución la designación en exclusiva de los miembros de los contrapoderes u órganos constitucionales independientes y autoridades independientes con funciones de control, incluso a través de mayorías no cualificadas, con lo que se soslaya la necesidad de pactos con la oposición parlamentaria, acentuando la vinculación entre mayoría parlamentaria, gobierno y dichas instituciones (Consejos de la Judicatura, Tribunales Constitucionales, *ombudsmen*). Sobre ello volveremos en el siguiente apartado. Ahora basta advertir que no existe contradicción real entre esto último y el referido debilitamiento del Parlamento como institución representativa. Dichas actuaciones hallan su coherencia más profunda en la prevalencia de una concepción antipluralista de la democracia, con la minusvaloración de las minorías y de la deliberación y el consenso parlamentarios. Se aboga por una versión de la democracia reducida a regla de la mayoría, sea la del cuerpo electoral en el referéndum, sea la parlamentaria en un Parlamento controlado. Los populistas conciben la democracia representativa en términos instrumentales a la consolidación de su poder.

3. POPULISMOS *VERSUS* DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y PLURALISTA

Los populismos suelen contraponer legitimidad y legalidad para hacer primar la adopción de decisiones públicas basada en la voluntad del pueblo, sobre los límites al poder propios del Estado de Derecho y el constitucionalismo. El «*We, the people*» apela a esta legitimidad popular de la Constitución de Estados Unidos. Pero, como advierte Mounk, con el populismo se pasa del «Nosotros, el pueblo», al «*Wir sind das Volk*» o «Nosotros somos el pueblo», eslogan que el grupo

radical alemán Pegida coreaba en las manifestaciones contra la acogida de refugiados durante la crisis humanitaria siria en 2015 (Dresde). Se apropiaban, a su vez, del grito democrático del pueblo berlinés el 9 de noviembre de 1989 contra el poder comunista de la República democrática alemana[29]. Ambos lemas resumen las dos concepciones de la democracia: el «Nosotros, el pueblo», de la Constitución americana, apela al origen democrático de la Constitución a la vez que a la autolimitación de la voluntad popular, mediante la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos. Por el contrario, «nosotros somos el pueblo», en un contexto democrático asentado (y no en el de la lucha democrática del pueblo alemán del Este), invoca el poder de la gente que se manifiesta, que convierte el ejercicio —legítimo— de un derecho fundamental en un principio alternativo de toma de decisiones al de las instituciones representativas, basado en la invocación de la voluntad del pueblo (en realidad, de los que se movilizan en la calle). Se trata de una versión reduccionista y divisiva de pueblo, alejado de la pretensión unificadora e inclusiva que está en la noción liberal de «nación» y democrática de «pueblo», titulares de la soberanía.

Para Cas Mudde, el populismo supondría una «respuesta democrática antiliberal al liberalismo antidemocrático»[30]. El populismo aparece como reacción y correctivo al distanciamiento del pueblo de la política (tecnocracia) y a los excesos del liberalismo o el constitucionalismo (instituciones no electivas que toman decisiones en ámbitos públicos importantes: agencias reguladoras, Bancos centrales autónomos o el activismo judicial) con sus implicaciones en quién toma las decisiones en materia de derechos y de políticas económicas y sociales. Así, el populismo más que romper con la democracia, acentuaría este principio frente al liberal o constitucional.

¿Persigue realmente el populismo constitucional en sus distintas variantes un reequilibrio entre democracia y constitucionalismo, que revierta el desequilibrado producido, a veces de forma cierta, otras no, desde el lado del constitucionalismo y por órganos no electivos, o más bien supone desequilibrar la democracia constitucional en favor de las instituciones electivas y en detrimento de los órganos de control? ¿Es necesario tal reequilibrio en nuestras democracias constitucionales? No hay una respuesta unívoca a la última pregunta, sino que dependerá de dónde haya llegado cada experiencia concreta. La corrección del reproche va unido a la adecuación o no a los principios del constitucionalismo democrático de las medidas propugnadas para corregir la situación de partida.

---

[29] Y. Mounk, *El pueblo contra la democracia,* Barcelona, Paidós, 2018, p. 25.

[30] C. Mudde y C. Rovira (eds.), *Populism in Europe and the Americas. Threat or corrective for democracy?,* Nueva York, Cambridge University Press, 2013.

Frente a la tesis del carácter democrático (o corrector en clave democrática) del populismo, se ha señalado, con razón, que el populismo acaba por erosionar la democracia en su conjunto y no solo la componente liberal o constitucional de la misma[31]. Democracia implica mucho más que tomar las decisiones por órganos políticos con base a la regla de la mayoría. Como bien ha resumido la Corte Suprema de Canadá, en el célebre caso de la secesión de Quebec, democracia significa, entre otros, respeto a minorías, reforma constitucional con mayorías cualificadas, federalismo como contrapoder, en el marco del Estado de derecho y el constitucionalismo, y no de forma antagónica con este[32]: «*Constitutionalism facilitates — indeed, makes possible — a democratic political system by creating an orderly framework within which people may make political decisions. Viewed correctly, constitutionalism and the rule of law are not in conflict with democracy; rather, they are essential to it. Without that relationship, the political will upon which democratic decisions are taken would itself be undermined*» (núm. 78). Sin estos elementos, la democracia degenera en autocracia electiva. Volveremos sobre ello más tarde.

La democracia constitucional supone «la aspiración a un justo equilibrio», como señalara Fioravanti[33], entre, por una parte, el principio democrático —que se ejerce a través de los poderes de elaboración y aprobación de las decisiones políticas—, y, por la otra, la idea de límites de la política, derivada de la fuerza normativa de la Constitución, y del control de tales poderes por los órganos jurisdiccionales, en particular, por el control de constitucionalidad. O un equilibrio entre el *gubernaculum* y la *iurisdictio* (Bracton).

De este modo, democracia y constitucionalismo, en los Estados democráticos contemporáneos, solo pueden ir de la mano, aunque ambos principios respondan en puridad a interrogaciones distintas (y que admiten respuestas potencialmente contradictorias): la primera pregunta por quién gobierna: el pueblo a través de los representantes. El cómo se gobierna es, en cambio, la pregunta que responde el constitucionalismo en sentido amplio, y cómo gobierna el pueblo es la pregunta propia del constitucionalismo liberal democrático. Esto es, la forma de ejercicio del poder político —también el del pueblo—, sus límites y sus controles[34]. De la idea de limitación del poder arranca la garantía de la superioridad de la Constitución, la separación de poderes, el poder

---

[31] J. W. Müller, *op. cit.,* p. 17 y T. Ginsburg y A. Z. Huq, *How to save a constitutional democracy, cit*., p. 68 ss.

[32] *Reference Re Secession of Quebec***,** [1998] 2 SCR 217, párrs. 61-78.

[33] M. Fioravanti, *Constitución,* Madrid, Trotta, 2001, pp. 163-164.

[34] Al reflexionar sobre la democracia en la Antigua Grecia, Popper ya advierte esta diferencia entre las preguntas, *vid*. K. Popper «Acerca de la democracia» [1988], *Después de la sociedad abierta. Escritos sociales y políticos,* Barcelona, Paidós, 2010, pp. 441-451 y De Romilly, J., *¿Por qué Grecia?, cit*., p. 87 ss.

judicial independiente y la justicia constitucional. Mientras que los tres primeros principios están consagrados explícitamente en la Constitución de Estados Unidos de 1787, el *judicial review* es deducido por el Tribunal Supremo, a partir de los anteriores (*Marbury vs. Madison*, 1803), si bien en *El Federalista* (núm. 78) se avance su lógica en el Estado constitucional. La concreción de lo anterior lleva a sostener la justicia constitucional como institución contramayoritaria en el Estado constitucional democrático[35]. Así pues, en esta forma de Estado no cabe una democracia ilimitada o revolucionaria, como tampoco una constitución que no se legitimara democráticamente ni consagrara el principio democrático en el ejercicio del poder.

Sin embargo, no faltan supuestos de tensión entre democracia y constitucionalismo en el plano del ejercicio del poder. Por una parte, los gobernantes democráticos suelen apelar a la voluntad popular para justificar actuaciones tendentes a limitar toda forma de control del poder. Por otra parte, los jueces —sobre todo los constitucionales— no siempre escapan de la tentación de substituir al legislador democrático, incluso al legislador de la reforma constitucional, como pone en evidencia la creación judicial de derechos sin base expresa en la Constitución (en los años veinte del siglo xx Lambert aludió al peligro del «gobierno de los jueces»).

La tensión entre democracia y constitucionalismo se vuelve más acentuada cuando es el cuerpo electoral el que decide directamente sobre un asunto público a través del referéndum. En tal caso, hay quien sostiene que la decisión popular debería quedar inmune a la revisión judicial. Veamos dos ejemplos relevantes.

Primero, el cambio constitucional como instrumento de relegitimación democrática de la constitución, para «empoderar» al pueblo en la toma de decisiones. Esto conecta con la creación de asambleas constituyentes que plasmen en las constituciones las nuevas aspiraciones sociales y con la demanda de participación ciudadana en su elaboración o reforma, en tanto que elementos legitimadores de las constituciones (Islandia, Chile, Irlanda)[36]. No es fácil distinguir en un primer momento cuándo estamos ante un movimiento democratizador o ante una forma de populismo que erosiona la democracia, y no es insólito

---

[35] En España lo advirtió muy pronto J. Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes,* Madrid, Tecnos, 1987.

[36] Sobre Irlanda, *vid*. E. Seijas Villadango, «Ciudadanos y constituciones: la participación popular en el proyeto de reforma de la Constitución según la Convención Constitucional irlandesa» y sobre los diálogos ciudadanos de Chile en 2016, F. Soto Barrientos, «Una constitución ciudadana para Chile: la experiencia de los diálogos ciudadanos», en Castellà Andreu, J.M. (ed.), *Parlamentos, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quién y cómo participa?,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 123-147 y 189-218. Sobre Islandia, *vid*. D. González Cadenas, *Hegemonía y poder constituyente. Lecciones de Islandia para el caso español,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

que uno se deslice hacia el otro, como muestran algunas experiencias de los últimos tiempos. Una forma de evitarlo pasa por incorporar ciertos *checks and balances* y contrapoderes también en el momento del cambio constitucional, como suelen estar previstas para la reforma de la constitución: la exigencia de mayorías cualificadas en el órgano deliberante y prolongadas en el tiempo, el referéndum de aprobación, la participación de expertos, la consulta a la ciudadanía y a sectores, el establecimiento de límites materiales y el control judicial son fórmulas que suelen preverse en las normas provisionales para la elaboración de constituciones. Por el contrario, obviar estos elementos y concentrar el poder de elaboración de la constitución en una única Asamblea o Parlamento hoy parece un indicio de deriva populista cuando no derechamente autoritaria (Venezuela)[37].

Segundo, en España, la impugnación del Estatuto catalán de 2006 ante el Tribunal Constitucional y la declaración de inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos por la STC 31/2010 planteó un grave conflicto político y hasta jurídico. En contra del control mismo del Estatuto de autonomía se alegaba que la reforma del Estatuto había sido aprobada por instituciones democráticas: primero, por el Parlamento catalán (dos tercios), posteriormente por las Cortes Generales como ley orgánica y, finalmente, en referéndum por el cuerpo electoral (en el caso catalán de 2006 con el 48 por cien de participación; 74 por cien de síes), de acuerdo con el procedimiento constitucional y estatutariamente establecido. La impugnación por los diputados del Grupo Popular, el Defensor del Pueblo y algunas Comunidades Autónomas [de acuerdo con el art. 27.2 *a)* de la LOTC] supondría trasladar al Tribunal Constitucional una controversia política. Estas críticas se redoblaron cuando, cuatro años más tarde, el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos y llevó a cabo un fallo interpretativo respecto a otros preceptos del mismo. Pérez Royo calificó la sentencia como ruptura del pacto constitucional[38]. Sin embargo, la especial posición jurídica del Estatuto no elimina su control de constitucionalidad, prevista en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional pero también conforme a una lógica garantista de las minorías: al fallar el desarrollo consensuado del Estado autonómico con la aprobación consensuada del Estatut, como hasta entonces había sucedido con el resto de estatutos, las minorías hicieron uso de su legitimación para acudir al Tribunal de garantías. Más allá del caso concreto, la subordinación de las consti-

[37] Así lo mostró la opinión de la Comisión de Venecia sobre el decreto presidencial núm. 2878 de 2017, de convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en 2017. *Vid.*CDL-AD(2017)024.

[38] J. Pérez Royo, «La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del estado autonómico», *Revista Catalana de Dret Públic,* núm. 43, 2011, p. 121.

tuciones subnacionales a la Constitución federal es la regla en otras experiencias constitucionales, como en Estados Unidos[39].

La doctrina ha tratado de etiquetar y catalogar las formas y efectos de la erosión de las constituciones liberal democráticas. Quizás el término que más éxito ha tenido es el «democracia iliberal» que Fareed Zakaria popularizó, para designar la deriva de Estados donde hay una apariencia de democracia, se celebran elecciones, pero al mismo tiempo las prácticas de gobierno tienden a no respetar los límites propios de la democracia constitucional: «*Democratically elected regimes, often ones that have been reelected or reaffirmed through referenda, are routinely ignoring constitutional limits on their power and depriving their citizens of basic rights and freedoms*»[40]. El primer ministro de Hungría V. Orbán presenta la democracia iliberal (que también denomina «democracia cristiana») como alternativa política (más que estrictamente constitucional) a la democracia liberal[41]. Apela a la comunidad y a los deberes de los ciudadanos respecto a la Patria, a la preservación de la identidad nacional y los valores que la definen. Orbán, juega con los conceptos «democracia cristiana» y «liberal». En el segundo caso, ¿se refiere a *liberal* en la acepción anglosajona —a traducir por «progresista»— o a la «democracia constitucional»? Es claro que su programa de gobierno introduce medidas de control sobre los jueces, singularmente los constitucionales. La Constitución de Hungría de 2011 apenas establece límites al poder de la mayoría y del gobierno: no hay Senado, ni un jefe de Estado con funciones de contrapeso ni lo son apenas los poderes locales. Se puede calificar como constitución de partido («*Partisan Constitution*» o «*Exclusive Constitution*» según Grimm[42]): fue aprobada por una amplia mayoría de parlamentarios, pero todos de la coalición gubernamental liderada por FIDESZ. La Comisión de Venecia insistió en la necesidad de alcanzar «un consenso lo más amplio posible de la sociedad húngara» en las reformas que debían de seguir a la aprobación de la Constitución[43]. De este modo, la mayoría cualificada (2/3

[39] Recuérdese el caso de la Proposición núm. 8, que declaraba que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, la cual fue votada favorablemente en referéndum de iniciativa popular de reforma constitucional por la mayoría de la ciudadanía de California (4 noviembre de 2008). Tal enmienda fue impugnada primero ante la jurisdicción estatal (que la consideró conforme a la Constitución de California) y posteriormente ante la federal. El Tribunal Supremo de Estados Unidos corroboró el fallo del Tribunal de Apelación, que declaraba la inconstitucionalidad de tal enmienda de la Constitución de California (*Hollingsworth v. Perry,* 2013). No se discutió que la Constitución federal, interpretada por órganos judiciales, está por encima de la voluntad popular.

[40] F. Zakaria, «The rise of illiberal democracy», *Foreign Affairs,* núm. 76, 1997, p. 22 ss.

[41] *Vid*. discursos de Orbán a las juventudes de su partido FIDESZ el 26 de julio de 2014, reiterado en otro en el mismo foro el 28 de julio de 2018 y en otros ulteriores.

[42] D. Grimm, «Types of Constitutions», en Rosenfeld. M. y Sajó, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law,* Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 98-132.

[43] CDL-AD (2011) 016, párr. 21 y 23. Respecto a la nueva constitución de Chile, la Comisión afirma en la Opinión CDL-AD(2022)004, párr. 32, que «*substantial consensus among political forces and the plurality of civil society in Chile, in order to avoid that the plebiscite*

del Parlamento) requerida para la aprobación de las «leyes cardinales» debería de integrar al menos a parte de la oposición.

Otros términos que resaltan aspectos concretos de la quiebra democrática, en parte coincidentes, son: «golpe constitucional» cuando se respeta el procedimiento de revisión constitucional o las reglas formales para introducir reformas que socavan la Constitución vigente[44]. «*Abusive constitutionalism»* designa el uso de las constituciones liberales para obtener fines no liberales[45]. Se alude a un «Proceso de regresión constitucional» cuando predomina una mirada evolutiva de una misma realidad constitucional: se produce una involución constitucional, cuando nos hallamos ante el cambio de forma de estado y de gobierno a través de reformas constitucionales y legislativas[46] y «*constitutional capture*» a las reformas tendentes a debilitar los *checks and balances* y a mantener el poder existente, limitando la alternancia.

Con base en la experiencia de Singapur, Tushnet habla de «*authoritarian constitutionalism*»[47], que a su vez distingue de otras modalidades de constitucionalismo iliberal y autocrático: «*mere rule of law constitutionalism*» y «*absolutist constitutionalism*». En el caso del constitucionalismo autoritario se combina elecciones que en sí mismas son razonablemente libres con una restricción a la libertad personal y control sobre la libertad de expresión e información. Pero la existencia de una constitución normativa en regímenes autoritarios supone una cierta idea de limitación del poder o de seguridad jurídica. Ello plantea la cuestión de hasta qué punto se puede hablar de la existencia de constitucionalismo y constitución más allá de las democracias constitucionales propiamente dichas. Tushnet apuesta por incluir dentro del concepto de constitución supuestos como los mencionados cuando introducen cierta idea de vinculación a los poderes públicos y, por tanto, de limitación del poder. Se trata de una actualización adaptada al contexto iliberal de la vieja discusión sobre la concurrencia del Estado de Derecho en regímenes autoritarios. El carácter transitorio y su vocación al perfeccionamiento liberal democrático se solía dar por supuesta, pero cada vez más son los países que se estancan en este constitucionalismo autoritario o débil (Marruecos) o que retroceden en derechos y garantías y límites al poder (Turquía).

---

further polarizes Chilean society and that support for the different alternatives (in favour and against the new constitution) divides along ordinary partisan lines».

[44] K. L. Scheppele, «Constitutional coups in EU Law», en Adams, M, Meuwese, A. y Ballin, E.H. (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 448 ss.

[45] D. Landau, «Abusive constitutionalism», *University of California Davis Law Review,* vol. 47, 2012, p. 189 ss.

[46] T. Ginsburg y A. Z. Huq, *op. cit*., p. 73 ss.

[47] M. Tushnet, «Authoritarian Constitutionalism», *Cornell Law Review,* vol. 100, núm. 2, 2015, p. 393 ss.

No se pueden confundir las democracias iliberales con «autoritarismos electivos», o sistemas autoritarios en que se sigue eligiendo «democráticamente» a sus gobernantes, como Turquía, Rusia o Venezuela. ¿Es aplicable a estos supuestos de regresión democrática la diferencia establecida por Ginsburg y Huq y ya citada entre «erosión» de la democracia en los primeros y su «colapso» en los segundos? En la práctica resulta difícil establecer una rígida separación por el efecto de pendiente resbaladiza por la cual las democracias iliberales se pueden convertir en sistemas autocráticos, si carecen de instituciones o de una cultura política que actúen como frenos reales al poder.

Asimismo, puede ser útil la distinción de Friedrich A. Hayek entre autoritarismo como antónimo de democracia y totalitarismo de liberalismo[48]. Se dan regímenes situados entre las autocracias totalitarias y las democracias liberales a partir de la combinación de las categorías mencionadas: democracias totalitarias (en denominación de Tarlton), revolucionarias o iliberales, por un lado, y autocracias liberales o constitucionales, por otro. Volveremos más tarde sobre alguna de estas categorías y regímenes que las encarnan.

El populismo constitucional en sus diferentes variables choca con la democracia pluralista y con la democracia constitucional. Lo hace teóricamente y también al llevarlo a la política y al derecho constitucionales. Teóricamente parte, como ya hemos adelantado, de una concepción homogénea de «pueblo» y su voluntad. Y desconfía de los *checks and balances* propios de la separación de poderes, reforzando los poderes políticos. Entre las fuentes cabe resaltar a Carl Schmitt, quien abogaba por separar democracia de liberalismo (o parlamentarismo) así como por una democracia de identidad y aclamativa (forma de estado). El presidente es concebido como poder moderador frente al parlamentarismo clásico (forma de gobierno) y como garante político, en lugar de la justicia constitucional[49].

Entre las medidas que se adoptan por mayorías populistas o gobiernos autoritarios, cabe destacar: a) la limitación del contenido y ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas como el derecho de información obstaculizando la pluralidad de medios, el derecho de asociación (dificultades a la presencia ONGs extranjeras), la libertad religiosa (con medidas contra las confesiones religiosas, sea la mayoritaria sean las minoritarias), o la libertad de establecimiento de centros educativos y universidades; b) en sistemas presidenciales o semipresidenciales se suprimen o reducen los límites a la reelección presidencial (y de otros cargos electivos), lo que provoca un desequilibrio entre los poderes a favor del Jefe del Ejecutivo (Venezuela en 1999

[48] F. A. Hayek, *Principios de un orden social liberal,* Madrid, Unión Editorial, 2001, p. 24.

[49] C. Schmitt, *Sobre el parlamentarismo,* Madrid, Tecnos, 2012. Al respecto ver el estudio introductorio de Manuel Aragón.

y 2008; Bolivia en 2017 por intervención del Tribunal Constitucional; Colombia y Ecuador, si bien se ha revertido posteriormente); c) se aprueban reformas legislativas relativas a la elección de los magistrados de los órganos supremos de la magistratura y de miembros de los órganos de gobierno de los jueces, que se atribuyen en exclusiva a los Parlamentos (incluso sin exigencias de mayorías cualificadas que garanticen el pluralismo en el interior de dichos órganos), o incluso al pueblo directamente (Bolivia y se ha propuesto en México), además de la modificación de la edad de jubilación de los jueces o la aprobación de leyes para apartar de sus cargos a jueces y funcionarios vinculados con el régimen anterior (*Lustration Acts*) en países de Europa del Este.

Las reformas citadas u otras en la misma línea se introducen en el ordenamiento jurídico por vías distintas: en Venezuela, Bolivia o Ecuador con la aprobación de nuevas constituciones. Con ello se marca simbólicamente el inicio de una nueva etapa política. Igual ocurre en Hungría (en donde además se utilizan leyes cardinales u orgánicas para materias como la electoral, que requieren 2/3 para la aprobación). En Polonia el programa constitucional populista se ha implementado a través de leyes aprobadas por la mayoría de gobierno de Ley y Justicia, sin que esta alcanzara el quorum suficiente para una reforma constitucional. Los cambios introducidos en la norma constitucional dificultan su reforma por una nueva mayoría parlamentaria al producirse la alternancia política, produciendo una petrificación del sistema democrático[50], en un entorno no consensual o de polarización. Lo cual a su vez impulsa que la oposición, al alcanzar el poder, promueva la elaboración de otra constitución.

La erosión de la democracia constitucional cuesta más de identificar cuando tiene lugar en regiones al interior de Estados liberal democráticos asentados. De entrada, puede ser más peligrosa, porque a pequeña escala el ejercicio del poder es más pernicioso por la ausencia de contrapoderes fuertes, como ya advirtiera Madison en *El Federalista* núm. 10. Pero precisamente por ello, el Estado (federal-central) tiene atribuidos mecanismos correctores que pueden mitigar sus efectos, sea con carácter ordinario –policía, el poder judicial- sea la incorporación a las constituciones de cláusulas de intervención federal. Lo sucedido en Cataluña con el «*procés*» secesionista ofrece un buen ejemplo de ello, que lo hace diferente de otros casos como Quebec, Escocia o el

[50] Esto es denunciado por la Comisión de Venecia respecto a Hungría en CDL-AD (2013) 012, *Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary*, núm. 129: «*This wide use of cardinal laws to cement the economic, social, fiscal, family, educational etc. policies of the current two-thirds majority, is a serious threat to democracy*». Y se reitera en la primera Opinión sobre Chile CDL-AD(2022),004, *cit.,* párr. 20: «*The principle of democracy requires that only the most basic constitutional principles and the appointment of certain top office holders (such as the Constitutional Court and Judicial Council members, Ombudsperson…) should be fixed through supermajority requirements (in the constitution or in organic laws), besides the rules on constitutional amendment*».

Véneto. En particular, la aprobación de las leyes «de desconexión» en septiembre de 2017 por parte del Parlamento catalán (Leyes 19 y 20/2017, la primera sobre el referéndum de autodeterminación y la segunda sobre la transitoriedad a la nueva república catalana), las cuales no respetaban formalmente la jerarquía de las normas del ordenamiento, anteponiéndose estas a la Constitución y el Estatuto. El Parlamento catalán (la mayoría) no siguió la iniciativa de reforma constitucional, tratándose de una materia propia revisión constitucional, ni tampoco observó los derechos de las minorías durante la discusión parlamentaria, al saltarse las garantías del procedimiento legislativo (como falló la STC 114/2017), ni atendió las advertencias del Tribunal Constitucional.

4. ALGUNAS RESPUESTAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL DEMOCRÁTICO PARA HACER FRENTE AL POPULISMO CONSTITUCIONAL

Según el diagnóstico del que se parta acerca de cómo se ha llegado a la situación de erosión democrática, desde la doctrina jurídica y la política se plantean activar instrumentos distintos para hacerle frente y para salvaguardar o, en su caso, recuperar la democracia constitucional y representativa.

A. Si se parte del diagnóstico de que ha sido un exceso de liberalismo o de constitucionalismo en detrimento del elemento democrático lo que ha provocado el auge del populismo constitucional, la salida lógica pasaría por reforzar el principio y las instituciones democráticas, ahora bien, sin caer en las simplificaciones populistas de la democracia. Desde este punto de vista, surgen propuestas de mejora de la calidad democrática en nuestros Estados constitucionales, que pasan por: 1) el fortalecimiento de la relación entre representantes y representados, y 2) la mayor apertura a institutos de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos.

1) Respecto a la democracia representativa misma, se ha defendido el paso de una representación en sentido formal a otra en sentido sustancial, o de la «situación» representativa a una más auténtica «relación» representativa[51]. No se está hablando de mejorar la «representatividad», categoría sociológica ajena al Derecho constitucional, sino de tomar más en cuenta la dimensión pluralista y democrática de la representación política. En esta clave se puede leer la copiosa doctrina del Tribunal Constitucional español que lleva a cabo a través de una interpretación amplia del derecho de acceso a cargos públicos del art. 23.2

[51] A. Morelli, *op. cit*., p. 114 ss. También D. Fernández Cañueto, *Representación política y Constitución española,* Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 198 ss.

CE, que le impulsa a proteger el ejercicio efectivo de las funciones del cargo público representativo y, con ello, de las minorías políticas.

Hay elementos que sirven para favorecer la mejora de la relación representativa entre representantes y representados: un sistema electoral y circunscripciones que favorezcan la personalización del voto (voto preferencial o listas desbloqueadas: el Tribunal Constitucional italiano las consideró consecuencia lógica de la titularidad individual del derecho de sufragio en la sentencia núm. 1 de 2014, en que declaró inconstitucional aspectos sustantivos de la ley electoral); la regulación de un estatuto de la oposición parlamentaria[52]; la ampliación del estatuto del parlamentario individualmente considerado; la potenciación de instrumentos de relación entre ciudadanos y representantes a lo largo del ejercicio del mandato a través de comparecencias y consultas a grupos organizados a lo largo del procedimiento legislativo y en el ejercicio de otras funciones parlamentarias. La introducción de mecanismos de democracia interna en los partidos es otra vía a explorar[53], aunque con la mayor de las cautelas a la hora de determinar las modalidades, precisamente para evitar la construcción de liderazgos sin controles ni límites, arma clara del populismo político.

2) Respecto al referéndum y su lugar en las democracias representativas, Luciani ya dejó claro que aquel opera en el seno de esta, no como alternativa[54]. Al mismo tiempo, no cabe olvidar que el referéndum es *per se* un instrumento de democracia de mayoría, frente a la integración de las minorías que propicia la democracia parlamentaria.

El referéndum es una institución cuya posición a desempeñar en el sistema constitucional es distinta en las democracias constitucionales

---

[52] Ha incidido en esta dirección la Comisión de Venecia a través del documento *Parameters on the relationship between the parliamentary majority and the opposition in a democracy: a checklist* CDL-AD(2019)015. *Vid*. L. Gaspar en esta obra. Me he ocupado de ello en J. M. Castellà Andreu, «Repensando las funciones del Parlamento: el papel de la oposición según la Comisión de Venecia», en A. de la Iglesia Chamorro (coord.), *El Parlamento a debate en un tiempo nuevo,* Zaragoza, Fundación M. Giménez Abad, 2023, p. 231 ss.

[53] J. M. Castellà Andreu, «Conclusiones y propuestas de reforma», en J. Tudela, J.M. Castellà, E. Expósito y M. Kölling (eds.), *Libro blanco sobre la calidad democrática,* Madrid*,* Marcial Pons, 2019; e I. Astarloa Huarte-Mendicoa, *El Parlamento moderno,* Madrid, Iustel, 2017, p. 466 ss.

[54] M. Luciani, *La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo,* t. I, 2, Bolonia-Roma, Zanichelli Ed. Il Foro Italiano, 2005. La Comisión de Venecia insiste en el carácter complementario del referéndum, así como de las instituciones de democracia participativa, respecto a la democracia representativa: «*In the constitutional systems of Council of Europe Member States, decision-making ordinarily occurs through mechanisms of representative democracy, whereas recourse to referendums tends to complement such decision-making processes. This is true even in countries where legislation is generally open to referendum. In view of the foregoing, referendums and representative democracy should be harmoniously combined. In particular, recourse to direct democracy should not exclude the involvement of the representative bodies in the process.*». *Vid*. *Revised Code of Good Practice on referendum,* CDL-AD(2022), 015, párr. 9. *Vid.* también párr. 10 respecto a la democracia participativa.

y en las iliberales y en Estados autocráticos. Pero de la utilización del mismo como instrumento populista no han escapado democracias consolidadas como demuestran los casos ya mencionados de Reino Unido (Brexit), Italia (reforma constitucional), Holanda o Grecia. Por ello, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa subraya la necesidad de adecuar el referéndum al concreto ordenamiento jurídico en que se inserta y la supervisión de todo el proceso (pregunta, campaña, resultados) a través de órganos de control neutrales o autoridades independientes, además de involucrar al Parlamento en el proceso referendario y del control del mismo por los Tribunales[55].

Corresponde a cada Constitución decidir, en primer lugar, el espacio reservado a la democracia directa en el sistema institucional en cada momento histórico de cada Estado. A priori no se puede considerar más democrático al Estado que cuenta con una amplia gama de referéndums respecto al que no los prevé o lo hace restrictivamente. Además, una misma experiencia constitucional puede evolucionar respecto al referéndum, como muestra México que, de ser una democracia representativa clásica, en 2012 una reforma constitucional introdujo instrumentos de participación directa, que en 2019 han sido ampliados. Y en segundo lugar, la Constitución racionaliza el referéndum al someterlo a reglas precisas[56].

Así pues, el referéndum se celebra *si y cuándo* la Constitución lo permite, y *de acuerdo con* las reglas fijadas por el ordenamiento jurídico. Por esto la Comisión de Venecia, en el Código de Buenas práctica sobre el referéndum, señala que el referéndum debe ser conforme al Estado de Derecho: «el principio de soberanía del pueblo permite a este tomar decisiones solo de acuerdo con la ley» (II.1 y párr. 22). Por tanto, cualquier referéndum está sujeto a reglas procedimentales y sustantivas. El cuerpo electoral está sujeto a normas y a mediaciones institucionales; no es un «poder en bruto». El pueblo -cuerpo electoral- responde a la pregunta que alguien le formula -con la competencia para hacerlo, delimitando los sujetos que podrán responder, y siguiendo unas reglas.

En definitiva, la mejora de la calidad democrática en un Estado no pasa necesaria ni principalmente por la previsión de mecanismos de participación directa. Al mismo tiempo, se ve cada vez con mayor desconfianza el referéndum y otros instrumentos de democracia directa como mecanismos ordinarios de toma de decisiones políticas. Si se opta por incorporar nuevos instrumentos de democracia directa, estos deben

---

[55] Resolución núm. 2251, de 22 de enero 2019 «*Updating guidelines to ensure fair referéndums in Council Europe member States»*. En esta línea ver la actualización llevada a cabo por la Comisión de Venecia en el *Revised Code of Good Practice on referendum,* CDL-AD(2022)015, *cit*.

[56] P. Cruz Villalón, «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», *Revista de Estudios Políticos,* núm. 13, 1980, p. 145 ss.

ser coherentes con la forma de Estado y de gobierno en el que se insertan. Con dichas salvedades, mediante el referéndum, el cuerpo electoral actúa como elemento de impulso, contrapeso o límite político del poder de los gobernantes (igual que el federalismo o el bicameralismo).

B. Sin embargo, como hemos visto, el populismo erosiona no solo la democracia representativa sino sobre todo la democracia constitucional y pluralista. De ahí la atención que merece, a nuestro juicio, el fortalecimiento de los elementos liberales o constitucionales de la democracia, basados en los límites al poder. Ello pasa por reforzar los poderes de control político y jurídicos independientes, propios del Estado de Derecho, en su versión última del Estado constitucional de Derecho. Es importante una actuación preventiva, antes de que el populismo, desde las instituciones, cambie o reinterprete las reglas constitucionales o legislativas y logre transformar nuestras democracias constitucionales en democracias iliberales. Este planteamiento no tiene por qué ser contradictorio, sino todo lo contrario, con lo sostenido en el párrafo anterior respecto a la vigorización de la democracia representativa.

Dejando de lado aquí el estudio de cuál puede ser el papel de los jueces, y en particular de los tribunales constitucionales, a la hora de revertir y sobre todo prevenir la deriva iliberal de nuestras democracias, merece destacarse: 1) la concurrencia de límites efectivos al ejercicio del poder ejecutivo y 2) la composición plural de los órganos de garantía.

1) Entre los contrapesos efectivos entre poderes, la introducción de límites al número de mandatos de los presidentes en sistemas presidenciales o semipresidenciales se ha demostrado una vía efectiva de limitación del poder: limitando temporalmente el poder presidencial se reequilibran los poderes. Por el contrario, los regímenes autoritarios han tendido a eliminar o reducir tales límites, como ha ocurrido, entre otros, en Nicaragua o Venezuela. ¿Cabe incluir la limitación también en los sistemas parlamentarios para los primeros ministros? Las objeciones de principio son conocidas[57] y sin embargo la personalización del poder de gobierno en los sistemas parlamentarios obliga a una reflexión más detenida. Ya se ha planteado a nivel subnacional (regiones y municipios en Italia; en España, algunas CCAA lo introdujeron por vía legislativa pero casi todas los han derogado después salvo en Castilla y León). La Constitución es el lugar adecuado para prever este elemento que modifica la forma de gobierno en el plano estatal (y los estatutos en el subnacional). La Comisión de Venecia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han rechazado que la imposición de límites a los mandatos del presidente vulnere el derecho de participación de elegidos y electores[58]. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia,

[57] C. Flores Juberías y C. García-Contell, «La introducción en España de la limitación de mandatos: una aproximación crítica», *Revista de Derecho Político,* núm. 100, 2017, p. 575 ss.

[58] CIDH, OC-28/21, de 7 de junio de 2021.

ante la reforma constitucional (votada en referéndum en 2017) que limitaba los mandatos del Presidente, había sostenido la existencia de un derecho humano a la reelección presidencial reconocido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (interpretado más allá de lo que esta dispone literalmente), la cual prevalecía sobre la Constitución, con base en el control de convencionalidad. En opinión de la Comisión de Venecia, los mandatos ilimitados acaban afectando a la propia democracia constitucional: «*Term limits aim to protect a democracy from becoming a de facto dictatorship. Furthermore, term limits may strengthen a democratic society, as they impose the logic of political transition as a predictable event in public affairs. They can be* "important mechanisms to safeguard against 'winner-take-all' politics". *They also keep alive the opposition parties' hope of gaining power in the near future through institutionalized procedures, with little incentive to seize power in a coup. Term limits therefore aim to protect human rights, democracy and the rule of law, which are legitimate aims within the meaning of international standards*»[59]. En cambio, menor sentido tiene aplicar esta limitación a los representantes, por tratarse de órganos colegiados.

En cambio, la introducción de la revocatoria de mandato se considera, como regla, un factor de distorsión del sistema representativo, al menos en la tradición europea, y particularmente en los sistemas parlamentarios, que precisamente se presta a generar inestabilidad y a ser instrumento de manipulación en manos de intereses ajenos, en un contexto de crisis de representación[60].

Se ha planteado igualmente qué forma de gobierno y qué sistema electoral resultan más adecuados para frenar el populismo o impedir sus manifestaciones más dañinas. Es doctrina asentada considerar que el sistema presidencial polariza más y genera mayor inestabilidad mientras que el parlamentario multipartidista estimula pactos parlamentarios que pueden aislar a los populistas. Sin embargo, tampoco se puede perder de vista la deriva de los sistemas parlamentarios en que la mayoría gubernamental en el Parlamento apenas tiene límites efectivos, salvo acaso los diputados de la misma mayoría (en sistemas mayoritarios, sobre todo, como sucede en el Reino Unido). A nuestro juicio, la perspectiva de la forma de gobierno no es la más adecuada para este análisis, sino que hay que atender tanto a la existencia o no de verdaderos contrapoderes en una y otra forma de gobierno como a la presencia de presupuestos no jurídicos sin los cuales la debilidad de las instituciones se acentúa: es el caso de la concurrencia de un sistema de partidos estable y fuerte.

---

[59] Destacado en el original. CDL-AD(2018)010-e *Report on Term of Limits - Part I - Presidents,* párr. 93.

[60] *Vid*. Comisión de Venecia, CDL-AD(2019)011rev-e *Report on the recall of mayors and local elected representatives,* párr. 121.

Cuando este se desmorona, la erosión de la democracia constitucional se acelera. El caso peruano en los últimos tiempos es un buen ejemplo.

2) La elección de los miembros de los órganos de garantía. Entre el largo elenco de remedios institucionales y normativos para lograr que la democracia se revigorice, Ginsburg y Huq proponen instituciones de control horizontal como el ombudsman y las autoridades independientes [61]. Resulta fundamental para conseguir que los *checks and balances* sean efectivos el tipo de composición y el procedimiento de elección de los miembros de las instituciones de control y del Tribunal Constitucional, además del órgano de gobierno del Poder Judicial, así como la duración del mandato de sus miembros [62]. La experiencia polaca ha puesto en evidencia el intento de que la mayoría parlamentaria de turno utilice dichos órganos como correa de transmisión para sus objetivos políticos [63]. Hemos aludido ya a la proposición de ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España de 2020 que proponía la elección por mayoría absoluta, en caso de no alcanzar los 3/5 de las Cámaras en la primera votación, de los doce jueces que integran el Consejo General del Poder Judicial (y abandonada después en esta parte), ha hecho saltar las alarmas entre jueces e instituciones europeas [64]. La criticada acción de los populistas se enmarca en un hecho previo: la extralimitación de los partidos políticos en el ejercicio de las funciones constitucionales que tienen atribuidas y les son propias, que lleva a «colonizar» o «capturar» otras instituciones del Estado, como las autoridades independientes, el órgano de gobierno del poder judicial y el Tribunal Constitucional, además de otras organizaciones sociales [65].

C. Hasta aquí hemos querido presentar algunas de las barreras de tipo institucional que pueden frenar la erosión de la democracia

---

[61] T. Ginsburg y A. Z. Huq, *op. cit*., p. 164 ss.

[62] F. Simón Yarza, «La composición de la justicia constitucional en perspectiva comparada», *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 31, 2013, p. 363 ss.

[63] Sobre la cual alertó tempranamente nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1986, al tiempo que declaraba constitucional que todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial fueran elegidos por las Cortes. En cambio, el Consejo de Europa (Comité de Ministros, GRECO o la Comisión de Venecia) se pronuncia por una composición mixta, con mayoría de jueces, y por la aprobación por mayoría cualificada del Parlamento de los juristas de elección parlamentaria. *Vid*. J. M. Castellà Andreu, «Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia», en *Estudios de Deusto,* vol. 70/1, 2022, p. 35 ss.

[64] *Vid*. los informes anuales sobre el Estado de Derecho en los Estados miembros de la UE que desde 2020 elabora la Comisión Europea y que denuncian tanto la demora en la renovación del CGPJ como el criterio de elección vigente, recomendando su modificación, así como el fortalecimiento del estatuto del Fiscal General del Estado frente al gobierno. *Vid*., el penúltimo: European Commission SWD(2023) 809 final, 2023, *Rule of Law Report, Country Chapter on the rule of law situation in Spain.* Tras el pacto de junio de 2024 entre las dos fuerzas políticas mayoritarias, el último informe saluda el desbloqueo con la elección del nuevo CGPJ e insta una vez más a la modificación del sistema de nombramiento.

[65] *Vid*. J. M. Castellà, «Conclusiones y propuestas de reforma», *cit.*, p. 311 ss.

tanto en su dimensión de democracia representativa como constitucional. Otro tipo de límites (el ejercicio de derechos fundamentales, la rigidez constitucional o el constitucionalismo multinivel) escapan de nuestro análisis si bien también sirven al mismo propósito. Al final, no obstante, hacer frente al populismo es tarea de la ciudadanía, y las elecciones, celebradas con todas las garantías del derecho de sufragio, son el instrumento más adecuado para hacerlo posible. La alternancia en el poder es freno inestimable frente a la consolidación de mayorías populistas y frente a derivas autoritarias. Para ello es imprescindible cuidar el espacio público en el que se desarrolla la opinión pública libre, así como preservar el Parlamento como foro principal para la deliberación pública. Por esto, según Müller, además de hablar de los populistas o contra los populistas, al resto de partidos toca hablar *con* los populistas, lo cual es distinto de hablar como ellos[66]. Difícil reto, no exento de riesgos. Pero el hacerlo supone asumir el pluralismo político, además de exponerlos a la deliberación parlamentaria y a las responsabilidades políticas.

En conclusión, la democracia constitucional se refuerza sobre todo con un equilibrado contrapeso entre poderes de decisión y de control y con una relación representativa entre representantes y representados que no sea meramente formal. Como advierte Ángel Rivero, el desafío del populismo a la democracia genera al menos algo positivo: la repolitización del sistema que permite la discusión de todo aquello que se daba por sentado, lo cual acaba por reforzar la democracia misma: «el populismo puede tener la virtud de revitalizar la democracia al generar una respuesta benigna a su amenaza»[67].

5. BIBLIOGRAFÍA

Astarloa Huarte-Mendicoa, I., *El Parlamento moderno,* Madrid, Iustel, 2017.

Berlin, I. *et al.*, «To define populism», *Government and Opposition*, vol. 3, núm. 2, 1968, pp. 137-179.

Castellà Andreu, J.M. (ed.), *Parlamentos, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quién y cómo participa?,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018

Castellà Andreu, J.M., «Conclusiones y propuestas de reforma», en J. Tudela, J.M. Castellà, E. Expósito y M. Kölling (eds.), *Libro blanco sobre la calidad democràtica,* Madrid, Marcial Pons, 2019.

— «Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia», en *Estudios de Deusto,* vol. 70/1, 2022.

[66] J. W. Müller, *cit*., p. 136.

[67] En A. Rivero, J. Zarzalejos y J. Del Palacio (coords), *Geografía del populismo, op. cit*., p. 39.

— «Repensando las funciones del Parlamento: el papel de la oposición según la Comisión de Venecia», en A. de la Iglesia Chamorro (coord.), *El Parlamento a debate en un tiempo nuevo,* Zaragoza, F. M. Giménez Abad, 2023, pp. 231-248.
Corso, L., «What does Populism have to do with Constitutional Law», *Rivista di Filosofia del Diritto,* núm. III.2, 2014.
Cruz Villalón, P., «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», *Revista de Estudios Políticos,* núm. 13, 1980.
De Grazia, L., «Constitutional Coup e democrazie illiberali: l'esperienza della Turchia», *Rivista AIC,* núm. 4, pp. 366-406, 2018.
De Romilly, J., *¿Por qué Grecia?,* Madrid, Temas de Debate, 1997.
Esteve Pardo, J., *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho Público en Europa,* Madrid, Marcial Pons, 2019.
Fernández Cañueto, D., *Representación política y Constitución española,* Madrid, Marcial Pons, 2019.
Flores Juberías, C. y García-Contell, C., «La introducción en España de la limitación de mandatos: una aproximación crítica», *Revista de Derecho Político,* núm. 100, 2017, p. 575-613.
Fioravanti, M., *Constitución,* Madrid, Trotta, 2001.
Gargarella, R., «Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano"», *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, núm. 27, vol. 1, pp. 109-129, 2018.
Ginsburg, T. y Huq, A.Z., How *to save a constitutional democracy,* Chicago-Londres, Chicago University Press, 2018.
Grimm, D., «Types of Constitutions», en Rosenfeld. M. y Sajó, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law,* Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 98-132.
Hayek, F.A., *Principios de un orden social liberal,* Madrid, Unión Editorial, 2001.
Landau, D., «Abusive constitutionalism», *University of California Davis Law Review,* vol. 47, 2013.
Luciani, M., *La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo,* t. I, 2, Bolonia-Roma, Zanichelli Ed. Il Foro Italiano, 2005.
Marrone, A., «L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?», *Federalismi.it,* núm. 23, 2018.
Martinico, G., *Filtering populist claims to fight populism,* Cambridge, Cambridge U.P., 2022.
Morelli, A., *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare,* Nápoles, Ed. Scientifica, 2018.
Mounk, Y., *El pueblo contra la democracia,* Barcelona, Paidós, 2018.
Mudde, C. y Rovira, C. (eds), *Populism in Europe and the Americas. Threat or corrective for democracy?,* Nueva York, Cambridge University Press, 2013.
Müller, J.W., *¿Qué es el populismo?,* México, Grano de Sal, 2017.
Olivetti, M., «Populismo e costituzionalismo: appunti per un ragionamento attorno a cinque antitesi», en AA. VV., *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, vol. III, Ed. Scientifica, Nápoles, 2024.
Pérez Royo, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1987.
— «La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del estado autonómico», *Revista Catalana de Dret Públic,* núm. 43, 2011.

Popper. K., «Acerca de la democracia» [1988], *Después de la sociedad abierta. Escritos sociales y políticos,* Barcelona, Paidós, 2010, pp. 441-451.
Rivero, A., Zarzalejos, J. y del Palacio, J. (coords), *Geografía del populismo,* Madrid, Tecnos, 2017.
Rosanvallon, P., Le *peuple introuvable,* París, Gallimard, 1998.
Scheppele, K.L., «Constitutional coups in EU Law», en Adams, M., Meuwese, A. y Ballin, E.H. (eds), *Constitutionalism and the Rule of Law,* Cambrigde, Cambridge University Press, 2017.
Schmitt, C., *Sobre el parlamentarismo,* Madrid, Tecnos, 2012.
Simón Yarza, F., «La composición de la justicia constitucional en perspectiva comparada», *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 31, 2013, pp. 363-390.
Tushnet, M., «Authoritarian Constitutionalism», *Cornell Law Review,* vol. 100, núm. 2, 2015, pp. 391-461.
Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R., «El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-24.
Zakaria, F., «The rise of illiberal democracy», *Foreign Affairs,* vol. 76, núm. 6, 1997, pp. 22-43.

CAPÍTULO II

LOS CONTRAPODERES EN LA ESCUELA DE SALAMANCA

Roger Boada Queralt
Profesor Adjunto de Derecho Constitucional
ESADE-Universidad Ramon Llull

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo aborda la cuestión de los contrapoderes, los límites institucionales del poder político y los mecanismos de corrección de abusos en la Escuela de Salamanca, fijando el foco en dos destacados teólogos que formaron parte de ella: el dominico Francisco de Vitoria (1483-1546) y el jesuita Francisco Suárez (1548-1617). Precisamente partiendo del estudio de su disciplina, ambos autores se adentran en cuestiones jurídico-políticas como el origen del poder, la titularidad del mismo o los límites a los que está sujeto. Ello se debe, en buena medida, al característico interés de los escolásticos españoles por dar respuesta a los grandes interrogantes de su época desde una perspectiva aristotélico-tomista renovada. El contexto histórico en el que les toca vivir, marcado por la Reforma protestante, el descubrimiento y conquista de América, así como por el ascenso y consolidación del absolutismo, invita de forma especialmente estimulante a esta reflexión.

Para Vitoria y Suárez, el poder político existe para alcanzar un fin concreto, el bien común, al cual deben ordenarse todas las normas y actos que de él emanen para ser válidos. Esta centralidad de la dimensión sustantiva del ejercicio del poder tiene consecuencias de gran calado en su doctrina sobre las formas de Estado. Por de pronto, de

ella se desprende que la cuestión de la titularidad del poder es secundaria y no viene delimitada por derechos democráticos inalienables de participación política. La libertad e igualdad natural de los hombres requiere que el titular del poder político lo sea en virtud del consentimiento originario de la comunidad política, pero nada impide que esta se dote de una forma de Estado sin elemento democrático alguno, si bien ambos autores favorecen fórmulas que combinen la monarquía con elementos democráticos o aristocráticos. El parámetro de legitimidad del poder establecido será su dedicación al bien común, y no el grado de participación ciudadana en los asuntos públicos, o la existencia de un sistema de frenos y contrapesos institucionales más o menos sólido.

No cabe confundir esta aceptación relativamente plácida de la concentración del poder en unas únicas manos con la concesión de carta blanca a la arbitrariedad: a diferencia de los autores absolutistas, los escolásticos españoles sostienen que el príncipe está sujeto no solo al Derecho natural y al divino, sino también al estatal.

Ni Vitoria ni Suárez contemplan mecanismos institucionales que permitan hacer efectiva la observancia de dichos límites, más allá del poder indirecto de la Iglesia en el orden temporal, que habilita al Papa para intervenir en la esfera del poder político cuando este pone en riesgo la salvación de las almas, lo cual puede ocurrir no solo cuando se desvía de la ortodoxia religiosa, sino también cuando vulnera el Derecho natural. Dicha ausencia de mecanismos institucionales de corrección de abusos, sin embargo, tiene como contrapunto el reconocimiento por parte de los escolásticos españoles de la posibilidad de desobedecer los mandatos injustos del poder político e incluso de deponer a su titular ante abusos especial gravedad. En supuestos tasados, aceptan también la licitud del tiranicidio. Se dibuja así un marco en el que el poder político está sujeto a límites normativos estrictos, pero que, en caso de vulneración, se hacen efectivos fundamentalmente a través de mecanismos no institucionales.

2. EL GRAN CONTRAPODER: LA IGLESIA Y SU PODER INDIRECTO EN EL ORDEN TEMPORAL

El único contrapeso institucional del poder político al que Vitoria y Suárez atribuyen carácter normativo es a la Iglesia Católica y, más exactamente, al Papa. Ello, sin embargo, no se debe a un deseo de evitar la concentración del poder en unas únicas manos. Tampoco a que juzguen necesaria la existencia de un órgano dotado de competencias para corregir los actos o normas contrarios a Derecho que puedan emanar del poder político. Es, simplemente, una consecuencia de su

visión cristiana —y, más exactamente, tomista[1]— de la realidad, que distingue entre un ámbito temporal, meramente terreno, y otro espiritual o sobrenatural, identificado con la vida eterna[2]. Vitoria expresa esta idea de forma concisa: «si no es posible la duración de la humana sociedad sin las dos vidas, espiritual y terrena, resultan necesarias dos potestades […] una que dirija las cosas materiales y gobierne la vida terrena y otra que rija las espirituales y ordene la vida espiritual»[3]. La autoridad de la Iglesia, sin embargo, no se ejerce únicamente de forma espiritual: aunque le corresponde el gobierno de este ámbito, puede emitir mandatos jurídicamente vinculantes a sus miembros –esto es, a todos los bautizados– y recurrir, si es preciso, a la imposición de penas temporales para castigar su inobservancia[4].

En definitiva, si el gobierno de lo temporal corresponde al poder político, el de lo espiritual incumbe por designio divino a la Iglesia. De ello se desprende que el Papa, de ordinario, no puede intervenir en las cuestiones estrictamente temporales. Es únicamente cuando el poder político aprueba algún acto o norma cuyo cumplimiento pueda poner en riesgo la salvación de las almas que se activa el llamado poder indirecto de la Iglesia en lo temporal. Ello es debido a que el fin que procura la Iglesia –la felicidad eterna– tiene un valor superior al que procura el Estado, esto es, la felicidad meramente natural. Vitoria reconoce al Papa en tales casos «una amplísima potestad»[5]. Suárez, por su parte, también atribuye tal poder al Papa, aun puntualizando que «solamente nace de la orientación a un fin que es más alto y que pertenece a un poder superior y más excelente […] ese poder superior a veces se ocupa de las cosas temporales no directamente o por razón de ellas mismas, sino –como quien dice– indirectamente y por razón de otra cosa»[6].

---

[1] Sobre el pensamiento del Doctor Angélico sobre las relaciones Iglesia-Estado, *vid.* J. Finnis, *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 320-327. Al respecto, *vid.* también el estudio introductorio de Urdánoz a la relección *De potestate Ecclesiae prior* en F. de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, Urdánoz, T. (ed.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, pp. 205-207 y 218-224. En el mismo sentido, *vid.* A. Molina Meliá, *Iglesia y Estado en el siglo de oro español: El pensamiento de Francisco Suárez*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977, pp. 37 y 152-156.

[2] Se trata de una idea muy arraigada en el pensamiento católico, ya perfilada en sus caracteres esenciales a finales del siglo V, como se desprende de la célebre epístola *Famuli vestrae pietatis*, que el Papa Gelasio I escribe al Emperador Anastasio I en 494.

[3] *De potestate Ecclesiae prior*, pp. 248-249. Todas las citas de esta obra proceden de F. de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, *op. cit*.

[4] *De potestate Ecclesiae prior*, p. 248. *Vid.* también *De indis*, p. 682. Todas las citas de esta segunda obra proceden de F. de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, *op. cit*.

[5] *De potestate Ecclesiae prior*, p. 305.

[6] *Defensio Fidei*, III, V, 2. Todas las citas de esta obra proceden de la edición de Eguillor Muniozgoren. *Vid.* F. Suárez, *Defensa de la Fe Católica y Apostólica contra los errores del anglicanismo*, Eguillor Muniozguren, J. R. (ed.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 4 vols, 1970-1971. Las cifras indicadas indican el libro, capítulo y apartado correspondiente a la cita, siguiendo la práctica habitual.

En el mismo sentido, Vitoria señala que el Papa puede ordenar directamente a cualquier príncipe temporal cristiano que derogue una ley lesiva para el bien espiritual, o, en caso de no ser acatado tal mandato, expulsarla por sí mismo del ordenamiento jurídico estatal[7], posición que sostiene también Suárez, con algún matiz en un sentido expansivo del poder pontificio[8]. En casos extremos, el Romano Pontífice está incluso facultado para deponer al titular del poder político que lo usa en perjuicio de las almas de sus súbditos, como veremos más adelante.

De forma acaso paradójica, esta concepción nítidamente premoderna de las relaciones Iglesia-Estado abre una vía para la corrección de abusos de poder dentro de cauces institucionales, toda vez que entienden Vitoria y Suárez que el bien espiritual de los fieles se ve perjudicado no solo cuando se intenta apartarlos de la ortodoxia católica, sino también cuando el poder político les obliga a llevar a cabo o a tolerar conductas inicuas desde el punto de vista del Derecho natural[9]. Tal posibilidad, evidentemente, no cabe en los Estados católicos cuyo soberano únicamente reconoce un poder estrictamente espiritual al Papa, y todavía menos en las monarquías absolutas protestantes en cuyas iglesias nacionales están sometidas a la Corona. Significativamente, un autor absolutista como Hobbes rechaza precisamente la potestad indirecta del Papa en lo temporal porque ve en ella un contrapeso al poder político que lesiona el carácter indiviso de la soberanía y abre la puerta a disensiones[10]. El filósofo de Malmesbury, en este sentido, hace una lectura relativamente moderna de la doctrina del poder indirecto, en tanto que pone el acento en su potencial para limitar el poder, mientras que para los escolásticos españoles no se trata de establecer un sistema de frenos y contrapesos institucionales, sino de asegurar la debida ordenación de lo temporal a lo espiritual.

3. LA CUESTIÓN DE LA FORMA DE ESTADO Y EL SISTEMA DE FRENOS Y CONTRAPESOS

La forma de Estado y, en general, las cuestiones de diseño institucional reciben una atención discreta por parte de Vitoria y Suárez. Además, los escasos pasajes en los que las abordan contienen principalmente consideraciones de carácter prudencial, y no normativo. Ello marca un claro contraste con la tradición liberal, que les atribuye una

---

[7] *De potestate Ecclesiae prior*, pp. 306-307.

[8] *Defensio Fidei*, III, XXII, 10.

[9] *Vid.*, en este sentido, *De potestate Ecclesiae prior*, p. 306 y *Defensio Fidei*, III, XXII, 12 y VI, IV, 16.

[10] Especialmente en el capítulo 42 del *Leviathan*. *Vid.,* en particular *Leviathan*, pp. 226-227, 342-344, 373-375, 388 y 395-398. Todas las citas de esta obra proceden de T. Hobbes, *Leviathan,* Tuck, R. (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

importancia capital, insistiendo en la necesidad imperativa de evitar la concentración del poder mediante su distribución entre una pluralidad de órganos que se limiten y controlen recíprocamente. Resultaría erróneo, sin embargo, concluir que esto se deba a un cierto agnosticismo por parte de los escolásticos españoles ante la cuestión de los límites del poder del Estado, y todavía más ver en ello inclinaciones absolutistas. Se trata, por el contrario, de autores que sostienen con especial vigor los límites del poder político, que se concretan en el carácter vinculante del Derecho natural, el bien común como fin de toda la actividad estatal y las leyes fundamentales que imperen en cada comunidad política.

Para Vitoria y Suárez, el hombre es un animal social y político, que no puede alcanzar su fin natural más que con la compañía y colaboración de sus semejantes. En consecuencia, tiende a formar con ellos sociedades como la familia y, señaladamente —a los efectos que nos interesan— la comunidad política, y ello no con el fin de defenderse con mayor eficacia de agresiones procedentes de terceros, sino para alcanzar el pleno florecimiento humano que posibilitan la convivencia bajo leyes justas, la cultura, el conocimiento o la suficiencia de bienes y servicios. Estos elementos configuran a grandes rasgos el bien común, y para alcanzarlos no solo es precisa la vida en el seno de una comunidad política, sino también que esta esté dotada de un poder que realice una labor de dirección y ordenación orientada a dicho fin.

De aquí surge un interrogante: ¿a quién corresponde este poder? Frente a la doctrina del derecho divino de los reyes, que goza de gran aceptación en tiempos de Suárez, los escolásticos españoles sostienen que, al ser los hombres iguales y libres por naturaleza, resulta imposible atribuirlo a unos con preferencia a los otros[11]. Se impone así ineluctablemente la conclusión de que el poder reside por defecto en el conjunto de miembros de la comunidad o, dicho de otra forma, que la forma de Estado por defecto es la democracia directa[12].

Vitoria, sin embargo, se apresura a advertir que la multitud no puede ejercer adecuadamente el poder, de lo que se desprende la inviabilidad de la democracia directa[13] y la necesidad de confiarlo a una única

---

[11] *De potestate civili*, 7. Todas las citas de esta obra proceden de la edición crítica de Cordero Pando. *Vid.,* F. de Vitoria, *Relectio de Potestate Civili. Estudios sobre su Filosofía Política*, Cordero Pando, J. (ed.), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2008. La cifra indicada en las citas de esta relección no se refieren al número de página, sino a sus distintos apartados, siguiendo la práctica habitual. *Vid*., también *De legibus*, III, II, 3. Todas las citas de esta obra proceden de la edición de Eguillor Muniozguren. *Vid.* F. Suárez, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Eguillor Muniozguren, J. R. (ed.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 6 vols, 1967-1968. Las cifras indicadas indican el libro, capítulo y apartado correspondiente a la cita, siguiendo la práctica habitual.

[12] *Defensio Fidei*, III, II, 8.

[13] Vitoria desconoce el término democracia directa, pero se refiere a esta noción cuando alude a la imposibilidad de que sea el pueblo en su conjunto el que ejerza todo el poder.

persona o, por lo menos, a un grupo de ellas[14]. Suárez no considera tal transferencia absolutamente necesaria, pero sí muy conveniente, al ser a su juicio la democracia directa la peor forma posible de organización del poder[15]. Se abre, pues, un nuevo interrogante: ¿bajo qué forma de Estado debería organizarse la comunidad?

En términos normativos, tanto Vitoria como Suárez[16] se decantan por la más estricta neutralidad. Para el dominico, cada comunidad es libre de determinar la organización del poder político en su seno, ya sea bajo la forma de una monarquía, de una aristocracia[17] o de una democracia[18]. Incluso concibe la posibilidad de alcanzar una fórmula democrática en la que el poder de decisión último resida todavía en el conjunto de miembros de la comunidad, como ocurriría en un Estado encabezado por un rey cuyas decisiones puedan ser enmendadas por el pueblo, y susceptible de destitución por el mismo[19]. También ve viable alguna clase de solución mixta[20], que se daría, por ejemplo, cuando la adopción de determinadas leyes o decisiones requiriera el consentimiento de alguna clase de parlamento[21]. Tal entrega del poder se entiende como un pacto: quien lo recibe debe procurar el bien común y respetar el Derecho natural y cualesquiera otros límites que se hayan fijado a su magistratura. A cambio, el pueblo se compromete a prestarle obediencia.

Así, para Vitoria, la variedad de formas legítimas de organización del poder es enorme. Lo decisivo, a su juicio, no es cómo se distribuye, sino que se haga uso de él rectamente[22]. Su alcance será el mismo en cualquier caso, tanto si queda concentrado en manos de un único sujeto, como si se reparte entre una pluralidad de órganos, como si se prevén mecanismos de participación política de carácter democrático. Esta es una cuestión en la que pone cierto énfasis, impulsado acaso por la intensa antipatía que le generan ciertas corrientes de pensamiento vagamente republicanas de inspiración italiana que circulan en la Castilla

---

[14] *Comentarios a la* II-II, q. 47, a. 10, pp. 127-129. Todas las citas de esta obra proceden de la selección incluida en F. de Vitoria, *Relectio De potestate civili. Estudios sobre su Filosofía Política*, *op. cit*. Para mayor claridad, se indica la cuestión comentada junto con la página correspondiente de la antología.

[15] *Defensio Fidei*, III, II, 7. También *De legibus*, III, III, 8.

[16] *De legibus*, III, IV, 1.

[17] *De potestate Ecclesiae posterior*, p. 363. Todas las citas de esta obra proceden de F. de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, *op. cit.*

[18] No directa, evidentemente. Vitoria incluso señala que puede tratarse de una forma de Estado muy conveniente «para una ciudad militar, que estuviera próxima a los enemigos». *Vid*. los *Comentarios a la II-II*, q. 105, a. 1, p. 126.

[19] *De potestate civili*, 14.

[20] *De potestate civili*, 11.

[21] *Comentarios a la II-II*, q. 105, a. 4, p. 129.

[22] *De potestate civili*, 8.

de su época[23]. En efecto, no ahorra ni vehemencia ni descalificativos para atacar a quienes, llevados por «la estupidez e ignorancia» sostienen que bajo la monarquía hay menos libertad que, por ejemplo, bajo la aristocracia: «bajo cualquier forma de gobierno[24] todo ciudadano particular se encuentra sometido al poder público, al que es necesario obedecer … es uno solo y el mismo poder, tanto en el rey como en toda la comunidad o república o en los mejores … de ningún modo hay mayor libertad en estar sometido a trescientos senadores que a un único rey»[25]. Vitoria, sin embargo, no se conforma con esta equiparación, sino que va un paso más allá y declara que la monarquía es la forma óptima de organización del poder. Aquí su crítica a los postulados democratizantes se acera y deviene directamente mordaz: «parecen tener más dueños quienes están sometidos a los decretos y gobierno de muchos; a no ser que quizás alguien desvaríe de tal modo que juzgue que está sometido a servidumbre si obedece a un rey sabio, y se estime libre si se subordina a unos bárbaros». Vitoria, en cambio, invoca la autoridad de «los más destacados sabios y filósofos» para sostener que la mejor forma de Estado es la monarquía, señalando, en este sentido, que la concentración del poder en unas únicas manos evita los conflictos y las disensiones que inevitablemente «se dan allí donde son muchos los de igual rango en la administración»[26].

La acritud que Vitoria reserva a las tesis democratizantes no nos debe hacer perder de vista, sin embargo, que su preferencia por la monarquía responde estrictamente a consideraciones prudenciales. No existe imperativo jurídico o moral alguno que imponga dicha forma de Estado. A la luz del Derecho natural, es igualmente lícita la opción por la democracia, la aristocracia o una fórmula mixta, siempre que la actividad estatal se ordene al bien común. Por la misma razón, no existe ninguna norma que imponga la creación de algún sistema institucional de frenos y contrapesos, siendo ello una cuestión a determinar libremente por cada comunidad. Para Vitoria, como he señalado antes, la limitación del poder político recae fundamentalmente en el respeto al Derecho natural y en la ordenación al bien común. Si concurren estas dos condiciones, los límites institucionales devienen casi superfluos y acaso incluso inconvenientes, al abrir la puerta a disensiones que obstaculicen la labor de velar por el bien común.

---

[23] X. Gil Pujol, «Concepto y práctica de república en la España moderna. Las tradiciones castellana y catalano-aragonesa», *Estudis: Revista de Historia Moderna*, Publicacions de la Universitat de València, 2008, pp. 111-122. El propio Vitoria alude a estas corrientes de pensamiento en *De potestate civili*, 11.

[24] Así traduce Cordero Pando el original latín «*in quolibet principatu quilibet privatus est…*». *Vid.,* F. de Vitoria, *Relectio De potestate civili. Estudios sobre su Filosofía Política*, *op. cit*., pp. 40-41.

[25] *De potestate civili*, 11.

[26] *Id.*

No obstante, que Vitoria considere la monarquía como la forma de Estado óptima no significa que abogue por el absolutismo y ni tan siquiera por una monarquía pura[27]. Ello se desprende de un conjunto de aspectos fundamentales de su pensamiento jurídico-político. Primero, su insistencia en el sometimiento del poder político al Derecho natural. Segundo, su defensa del bien común como fin de toda actividad estatal. Tercero, su reivindicación del poder indirecto de la Iglesia en lo temporal. Cuarto, su tranquila aceptación de la posibilidad de que el pueblo se reserve para sí parte del poder político, o que lo atribuya a un órgano distinto de la Corona, con el corolario —asumido explícitamente por el dominico— que cualquier mandato emitido por el monarca que exceda su ámbito de atribuciones carecerá de validez jurídica[28].

De forma acaso más significativa, tras haber defendido la monarquía como la mejor forma de Estado en los términos que hemos visto, Vitoria concluye observando que «no obstante, es cierto que el modo de gobierno y administración más seguro es el que combina los tres [esto es, monarquía, aristocracia y democracia] cual parece ser el de los españoles»[29]. Esta idea cuenta con un distinguido pedigrí tomista: Santo Tomás sostiene en más de una ocasión que la mejor forma de organización del poder en una comunidad política es la monarquía con elementos aristocráticos y democráticos[30]. Integrándose en esta tradición, Vitoria afirma —citando a otro insigne dominico: el cardenal Cayetano— que la monarquía es la mejor forma de Estado si se compara en abstracto con otras formas puras como la aristocracia o la democracia, pero esto no significa que lo sea en términos absolutos. En primer lugar, porque «las circunstancias de tiempos y personas» pueden llevar a una conclusión distinta. Y, en segundo lugar, porque la realidad admite más fórmulas que las formas de Estado puras y, siendo ello así, es preferible una que combine elementos de algunas de ellas, o todas. En este sentido, observa Vitoria que los príncipes no siempre destacan por su sabiduría, por lo que es bueno que compartan el gobierno de la

---

[27] En una monarquía absoluta, el rey ejerce un poder fundamentalmente ilimitado, por entenderse que le ha sido otorgado por Dios directamente, por estar sujeto a límites normativos ineficaces o inexistentes, por la ausencia de mecanismos de corrección de abusos, o por una combinación de todos o de algunos de estos elementos. En una monarquía pura, en cambio, el rey concentra todo el poder político en sus manos, pero está sujeto a límites jurídicos firmes, la legitimidad de origen de su poder es popular y puede ser desobedecido o depuesto si da leyes injustas o deviene tiránico. *Vid.* en este sentido L. Durão Barroso, «A refutação do absolutismo no pensamento político de Francisco Suárez», en De Carvalho, Lázaro Pulido y Giudi, (eds.), *Francisco Suárez: Metaphyisics, Politics and Ethics*, Coimbra, Coimbra University Press, 2020, pp. 404-405.

[28] *Comentarios a la II-II*, q. 105, a. 4, p. 129.

[29] *De potestate civili*, 11.

[30] Véase, por ejemplo, *Suma de Teología*, I-II, q. 105, a. 1. Todas las citas de esta obra proceden de T. de Aquino, *Suma de Teología. Parte I-II*, Martínez Casado, A., González, D., Rodríguez Rodríguez, V., López de las Heras, L. y Rodríguez Arias, J. M. (trads.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989. Las citas siguen el formato que se usa habitualmente en relación con este tratado: parte, cuestión y artículo.

comunidad con otros órganos como «el Consejo, la Chancillería, los corregidores». Prueba de ello es que esta forma templada de organización del poder es la que predomina en toda la Cristiandad, lo que lleva al dominico a aventurar que «parece ahora que el mejor régimen es el mixto, como dice el Doctor, y así sucede de algún modo entre los cristianos, donde hay reyes»[31]. Nótese, sin embargo, que tal afirmación del dominico no responde estrictamente a una lógica de protección de la libertad. Tampoco a un supuesto imperativo democratizante que requiera la participación política del conjunto de la sociedad. La preocupación central de Vitoria es el uso recto del poder político, que incluye indiscutiblemente –pero no exclusivamente– la referida protección de la libertad, y al que se tiende más fácilmente si el poder no queda concentrado en unas únicas manos, de forma que la labor de regir la comunidad no quede condicionada a la limitada inteligencia de un solo individuo.

4. EL SOMETIMIENTO A LA LEY DEL PODER POLÍTICO

Hemos visto que para Vitoria y Suárez el príncipe está sometido al Derecho natural y, en particular, a la obligación de proveer al bien común. En cambio, no resulta tan evidente que esté igualmente sujeto a la ley estatal, teniendo en cuenta que, en una monarquía pura, es el único órgano capaz de crear Derecho, pudiendo, por consiguiente, modificarlo con una libertad considerable.

Sin embargo, tanto Vitoria[32] como Suárez se pronuncian nítidamente en defensa del sometimiento del príncipe al Derecho estatal. El razonamiento que ofrece el Doctor Eximio para sostener tal posición se basa en el origen divino del poder político. Así, aunque se lo haya confiado la comunidad en su conjunto, el magistrado «se comporta como un funcionario administrador de Dios», lo que significa que las normas que dicte deben ser acordes con «la intención de Dios que da el poder»[33]. Pues bien, este designio divino, plasmado en el Derecho natural, impone al legislador la obligación de dar alcance general a las normas que dicte, siempre que estas (a causa de la materia que regulan o del motivo en el que se basan) sean «de suyo universales»[34]. No cabe, por lo tanto, que el titular del poder político se excluya arbitrariamente del alcance de la norma o que no la observe. Es significativo, como

---

[31] *Comentarios a la I-II*, q. 105, a. 1. Todas las citas de esta obra proceden de la edición de Frayle Delgado. *Vid.,* F. de Vitoria, *La ley*, Frayle Delgado, L. (ed.), Madrid, Tecnos, 1995. El formato de cita utilizado es el mismo que para la Suma de Teología: cuestión y artículo.

[32] *De potestate civili*, 21.

[33] *De legibus*, III, XXXV, 11.

[34] *De legibus*, III, XXXV, 2. Suárez hace esta precisión porque en determinados casos es inherente a la norma el no tener como destinatarios al conjunto de miembros de la comunidad o, incluso, que obligue a todos salvo al príncipe.

observa Abril Castelló, que Suárez fundamente el sometimiento del príncipe a la ley «en la propia fuerza y dinámica interna de las leyes del Estado y no ya tanto en consideraciones extrínsecas o subjetivísticas (evitar escándalos; solidaridad, homogeneidad y subordinación de las partes al todo)»[35], lo que apunta de forma inequívoca a la noción de Estado de Derecho. Sin embargo, no por ello deja de ser consciente el jesuita granadino de la importancia de estos otros factores. Así, indica que el sometimiento del príncipe a la ley es una dimensión insoslayable del bien común, toda vez que, de lo contrario, se erosiona la observancia del Derecho, de tal modo que «la ley resulta inútil y el estado se perturba»[36]. En este sentido, Suárez intuye que la obediencia a la ley no es únicamente un límite del poder, sino también una condición necesaria para ejercerlo de forma efectiva.

Ahora bien, Suárez asume la distinción señalada por Santo Tomás[37] y Vitoria[38] entre la fuerza directiva y coercitiva la ley. En virtud de la primera, la ley manda, prohíbe o autoriza una actuación determinada. En la medida en que se ordene al bien común, lo que disponga resulta vinculante moralmente para los integrantes de la comunidad política. La segunda, en cambio, es aquella que se puede ejercer para forzar a la obediencia de la norma y, en su caso, castigar su inobservancia. El jesuita señala que la ley no vincula al príncipe más que en cuanto a su fuerza directiva[39], y no en su fuerza coercitiva, ya que nadie puede coaccionarse a sí mismo, ni puede ser coaccionado por sus súbditos («porque ningún inferior puede violentar a su superior»), ni por un igual («porque este no tiene jurisdicción sobre él»), ni por un superior (porque no lo tiene)[40]. Ello no redunda en detrimento del carácter vinculante de la norma jurídica: Suárez señala que «la obligación que proviene de la fuerza directiva de la ley no es grave precisamente porque lleve aneja la coacción […] más bien una coacción grave supone una obligación grave […] luego si la ley, en cuanto a su fuerza directiva, por parte de la materia y del fin tiene base suficiente para que la obligación sea grave, la impondrá aunque se la separe de la coacción»[41]. En

---

[35] V. Abril Castelló, «Derecho-Estado-Rey: monarquía y democracia en Francisco Suárez», *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, 1976, p. 147. En el mismo sentido, *vid.* F. T. Baciero Ruiz, *Poder, ley y sociedad en Suárez y Locke (Un capítulo en la evolución de la filosofía política del siglo XVII)*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008, pp. 249-254.

[36] *De legibus*, III, XXXV, 11.

[37] *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a. 5.

[38] *De potestate Papae et Concilii*, 7. Todas las citas de esta última obra proceden de F. de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, *op. cit.* La cifra indicada corresponde al epígrafe pertinente. Aunque su exposición se centra en justificar el sometimiento del Papa a la ley canónica, su razonamiento se puede extender —como hace el propio Vitoria— a los príncipes temporales. Véanse también, en el mismo sentido, los *Comentarios a la I-II*, q. 96, a. 5.

[39] *De legibus*, III, XXXV, 17.

[40] *De legibus*, III, XXXV, 15.

[41] *De legibus*, III, XXXV, 21.

este sentido, el Doctor Eximio llega incluso a reconocer expresamente la posibilidad de que un juez civil dicte una sentencia vinculante «que declare el derecho del acreedor en contra del príncipe para que conste jurídicamente que este está obligado a observarlo»[42], aunque no pueda forzarlo a hacerlo.

A la luz de cuanto acabamos de ver, no resulta sorprendente que Suárez se muestre contrario a la concesión de dispensas sin causa justa[43]. Éstas son aquéllas que se dan por razones ajenas al bien común[44]. En este sentido, el jesuita granadino invoca la autoridad de Santo Tomás de Aquino, que acepta la posibilidad de que alguien sea excusado de observar una norma generalmente provechosa por privarle de «un bien mayor o porque incluso origina algún daño»[45], lo que concierne al bien común en tanto que «el bien de una parte redunda en bien de todo el cuerpo»[46]. Lo que no cabe en ningún caso es que se conceda al servicio de un interés particular y que no contribuya al bien común o, peor aún, lo lesione. Tales exigencias devienen especialmente estrictas cuando es el legislador el que se excusa a sí mismo de la observancia de la ley. Cuando lo hace forma arbitraria, afirma el Doctor Eximio que nos encontraríamos ante una dispensa nula, carente de efectos jurídicos[47]. Ello se debe a que, como hemos visto, el sometimiento del príncipe a la ley es un mandato impuesto por el Derecho natural. Así, tratándose de una obligación impuesta por Dios y no por una autoridad humana, «la dispensa no la quita; luego ésta no es válida»[48]. Suárez no duda en afirmar que, en cuanto al sometimiento a la ley, «la condición del príncipe sea de alguna manera más dura» como consecuencia de su «dignidad y cargo» y también de la necesidad de dar un buen ejemplo que promueva la tan necesaria «observancia común de la ley»[49].

La conclusión que se desprende de todo ello parece ser clara: contrariamente al postulado absolutista según el cual el príncipe es *legibus solutus*[50], Suárez mantiene la posición clásica de la tradición aristoté-

---

[42] *De legibus*, III, XXXV, 23.

[43] Se trata de una tesis reiterada a lo largo de varios capítulos del libro VI del *De legibus*. Queda enunciada de forma especialmente clara en *De legibus*, VI, XVIII, 4.

[44] *De legibus*, VI, XVIII, 18.

[45] *Suma de Teología*, I-II, q. 97, a. 4.

[46] *De legibus*, VI, XVIII, 18.

[47] Ello contrasta con lo que ocurriría si el beneficiario de una dispensa carente de causa justa fuera un particular. En tales casos, la obligación del súbdito procede inmediatamente de una autoridad humana, que puede «eficazmente cambiar» la ley. En cambio, el príncipe está sujeto a la ley humana por un imperativo procedente del Derecho natural, que no puede desconocer. *Vid., De legibus*, VI, XIX, 18.

[48] *De legibus*, VI, XIX, 17.

[49] *De legibus*, VI, XIX, 18.

[50] Defendido con especial vehemencia por Bodin en *Les six livres de la république*, I, I. La edición consultada es *J. Bodin*, *Les six livres de la république*, París, Fayard, 1986. Siguiendo la práctica habitual, la cita indica libro y capítulo. Hobbes, como es lógico, también defiende la misma tesis. En este sentido, considera la idea del sometimiento del príncipe a la ley como

lico-tomista. Skinner, sin embargo, no comparte esta interpretación e identifica al Doctor Eximio como un defensor de la tesis absolutista, al negar que se le pueda imponer coercitivamente la observancia de la norma. La ley únicamente generaría en el príncipe un deber moral de obediencia, en contraposición —presumiblemente— a jurídico[51]. Se trata de una posición minoritaria entre los estudiosos de Suárez[52]. A mi juicio, la tesis de Skinner parte de una premisa incorrecta, que es la de asociar el carácter vinculante de la norma jurídica a la posibilidad de imponer su observancia coactivamente. Ya hemos visto que Suárez no lo entiende así: la ley justa dada por una autoridad legítima impone la obligación de acatarla por sí misma, y, por esta razón, generalmente sus destinatarios ajustarán a ella su conducta sin necesidad de ninguna medida adicional. La fuerza coercitiva es simplemente un instrumento auxiliar al que es legítimo recurrir precisamente en virtud del carácter obligatorio de la norma jurídica. En otras palabras, la fuerza coercitiva, lejos de otorgar carácter vinculante a la ley, lo presupone. Que el príncipe sea inmune a ella puede dificultar la corrección de las situaciones patológicas en las que se desvíe del Derecho, pero no afecta en absoluto al carácter vinculante de la ley. Nótese, por lo demás, que, aunque su fuerza coactiva no se despliegue frente al príncipe en casos aislados, la vulneración reiterada del ordenamiento jurídico que lesionara gravemente el bien común podría llevar eventualmente a la deposición del monarca, como veremos en el último epígrafe de este trabajo.

En la cuestión del sometimiento del monarca a la ley, nuestros autores reiteran en buena medida una doctrina recibida del constitucionalismo medieval. En este sentido, Fioravanti señala que, para la mentalidad imperante en el Medievo europeo, entender como una deficiencia que la ley no vincule al monarca también en su fuerza coercitiva resulta en cierta medida absurdo: si lo único que lo impele a ajustarse a ella es el temor al castigo, el problema no es que no quepa la posibilidad de

---

«*repugnant to the nature of a Common-wealth*» y se inquieta al sospechar que el establecimiento de «*Lawes above the Soveraign, setteth also a Judge above him, and a Power to punish him; which is to make a new Soveraign*», y así hasta el infinito, lo que ocasionaría en definitiva el puro caos y la disolución del Estado. *Vid. Leviathan*, p. 224.

[51] Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought: Vol. II: The Age of Reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, pp. 183-184.

[52] *Vid*., entre otros, H. Rommen, *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, García Yebra, V. (trad.), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1951, p. 383; J. A. García Cuadrado, «Francisco Suárez: entre el absolutismo y la democracia, García Cuadrado, Francisco Suárez: entre el absolutismo y la democracia», *Cauriensia,* Sindéresis, 2017, pp. 175-178; S. Tattay, «Francisco Suárez: Absolutist or Constitutionalist?», en Markys y Senent de Frutos, (eds.), *Francisco Suárez (1548–1617) Jesuits and the Complexities of Modernity*, Leiden, Brill, 2019, pp. 314-315, especialmente la nota 63; L. C. Amezúa Amezúa, «Aportaciones de los iusnaturalistas hispanos al ideario liberal», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Universidade da Coruña, 2008, pp. 49-50; V. Abril Castelló, «Derecho-Estado-Rey: monarquía y democracia en Francisco Suárez», *op. cit.*, pp. 163-165, y F. T. Baciero Ruiz, *Poder, ley y sociedad en Suárez y Locke…*, *op. cit.*, pp. 249-253.

imponérselo, sino más bien que un individuo así es indigno de detentar el poder político[53]. Por su parte, también los autores absolutistas ven en la fuerza directiva de la ley sobre el monarca un límite lo suficientemente fuerte —e inquietante— como para rechazarla categóricamente.

Desde la perspectiva del constitucionalismo contemporáneo y del Estado de Derecho, los escolásticos españoles y sus precursores medievales podrían parecer ingenuos, tranquilamente confiados en que el monarca se someterá a la ley aun no existiendo nada ni nadie que pueda compelerle a ello, más allá de la fuerza directiva de la ley. Pero esta aproximación debe ser por lo menos matizada. De entrada, porque, como veremos, tanto Vitoria como Suárez contemplan mecanismos no institucionales para hacer frente a las transgresiones del príncipe. Pero, acaso más significativamente, el papel central que asignan a la fuerza directiva de la ley en relación con el titular del poder político llama la atención sobre un hecho que el constitucionalismo contemporáneo —confiado en sus constituciones racional-normativas y sus sistemas de pesos y contrapesos institucionales— podría obviar, que es que la conservación del orden constitucional resulta imposible si quienes están al frente de los órganos del Estado están determinados a quebrantarlo. No solo esto: para perdurar, todo ordenamiento jurídico requiere de la obediencia espontánea a la ley por parte de sus destinatarios. Ante la inobservancia generalizada de las normas jurídicas, especialmente por parte de los órganos que rigen el Estado, las medidas coercitivas que pueda contemplar la ley tienden a quedar en la impotencia. Desde esta perspectiva, la importancia que atribuyen los escolásticos españoles a la fuerza directiva de la ley se revela mucho menos cándida de lo que podría parecer a primera vista.

5. LA CORRECCIÓN DE ABUSOS DE PODER A TRAVÉS DE MECANISMOS NO INSTITUCIONALES: LA DESOBEDIENCIA LEGÍTIMA

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, Vitoria y Suárez identifican una serie de límites del poder político —principalmente de carácter sustantivo— que no necesariamente van acompañados de mecanismos institucionales que permitan hacerlos efectivos. En cambio, como se expondrá a continuación, reconocen una serie de cauces excepcionales, no sujetos a una regulación jurídica detallada y que, evidentemente, se sustancian al margen de los órganos del Estado.

---

[53] *Vid.* M. Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Martínez Neira, M. (trad.), Madrid, Trotta, 2001, pp. 39-45, y, en especial, p. 40.

Como seguidores de la tradición aristotélico-tomista, tanto Vitoria[54] como Suárez[55] afirman que la ley injusta no es auténtica ley y que, por consiguiente, no debe ser obedecida. Aquí encontramos un primer mecanismo difuso pero real orientado a frenar los abusos de poder. Se trata de una idea ya examinada y defendida por Santo Tomás. Vitoria, en este caso, se limita a exponer en sus propias palabras la doctrina del Aquinate al respecto, remitiéndose expresamente a la Suma de Teología[56]. El Doctor Angélico, en efecto, afirma que la ley humana vincula en conciencia a sus destinatarios, que deben someterse a ella siempre que sea justa. Ahora bien, al mismo tiempo señala que pueden darse ciertos supuestos en los cuales este requisito no se cumpla, privando así a la norma —o, mejor dicho, a la falsa norma, pues tiene «más de violencia que de ley»— de sus fuerzas directiva y coercitiva. Ello ocurre cuando resulta lesiva, ya sea por su fin, al estar ordenada al bien particular de algunos, y no al bien común; por razón de su autor, si dicta una norma «que sobrepasa los poderes que tiene encomendados», o, finalmente, por motivos de «forma», si impone cargas de forma desigual a sus destinatarios. También sería injusta, y por consiguiente no debería ser obedecida, una norma que lesionara el bien espiritual, fomentando la idolatría o cualquier otra práctica contraria a la ley divina. Ninguna de estas pseudonormas tiene fuerza alguna y, por lo tanto, pueden ser desobedecidas, con el matiz siguiente: si son lesivas únicamente para el bien meramente natural, sin perjuicio de lo dicho anteriormente, podría ser obligatorio someterse a ellas para evitar el escándalo o los desórdenes. En cambio, si son contrarias a la ley divina «nunca es lícito cumplirlas»[57]. Queda así perfilada una primera vía no institucional de corrección de los abusos de poder. Nótese, además, que el recurso a la desobediencia queda abierto no solo cuando se produzca una vulneración del Derecho natural o del Derecho divino, sino incluso cuando la norma vulnerada sea de Derecho humano. Así, si un príncipe dictase una norma contraviniendo las leyes fundamentales de su comunidad –lo que podría ocurrir si regula una materia en la que carece de competencias o si lo hace sin contar con el asentimiento preceptivo de un parlamento–, también en este caso podrían los súbditos desobedecerla, con la salvedad antes señalada del escándalo o del desorden.

Suárez, por su parte, se mantiene en posiciones muy parecidas, añadiendo algún matiz al respecto. Así, indica que una ley injusta no es ley, de modo que la inobservancia de la misma no constituye en puridad una excepción al carácter obligatorio de las normas de Derecho humano: lo sería si se tratara de un precepto válido. Ello es especialmente claro cuando la causa de la injusticia de la norma es que obligue a alguna

---

[54] A título de ejemplo, *vid*., *De potestate Papae et Concilii*, 18.
[55] *De legibus*, II, XIV, 8.
[56] *De potestate Papae et Concilii*, 18.
[57] *Suma de Teología*, I-II, q. 96, a. 4.

clase de iniquidad. En tales supuestos, indica el Doctor Eximio, los destinatarios de la pseudonorma «no solo no están obligados a aceptarla, pero ni siquiera pueden aceptarla cuando trata de una cosa que clara y manifiestamente es injusta»[58]. De todos modos, incluso cuando obedecer la ley no conlleve la comisión de pecado —como podría ocurrir cuando la causa de la injusticia fuera la imposición de cargas excesivas—, no existe obligación alguna de observarla.

6. LA RESOLUCIÓN DE LAS CRISIS CONSTITUCIONALES: LA DEPOSICIÓN DEL TIRANO Y LA CUESTIÓN DEL TIRANICIDIO

Más allá del recurso a la desobediencia, que permite frustrar la aplicación de normas injustas, los escolásticos españoles contemplan otro mecanismo para la corrección de abusos de poder, que es la deposición —y, en determinados casos, la muerte— del tirano. Como veremos, se trata de posibilidades a las que no cabe recurrir ante una injusticia puntual, sino que se contemplan para abordar lo que hoy llamaríamos crisis constitucionales, caracterizadas por una vulneración grave y sostenida en el tiempo del Derecho natural o de las leyes fundamentales que rigen la comunidad política.

Antes de entrar en ello, sin embargo, es necesario hacer una precisión sobre qué noción de tiranía manejan Vitoria y Suárez. Para la tradición aristotélico-tomista, el tirano es fundamentalmente aquel gobernante que no procura el bien común, sino el suyo propio. Santo Tomás señala en *La monarquía* que el uso del poder político de esta forma torticera equivale a reducir a los miembros de la comunidad a la servidumbre, pues, en tales circunstancias, la dirección que reciben de la autoridad no busca su propio bien[59], sino que está orientada a servir el interés privado del gobernante. Políticamente, ya no existen por sí mismos, sino como meros instrumentos destinados a satisfacer las necesidades de otro: «es libre quien es por causa de sí mismo, mientras que siervo es quien, cuanto es, lo es por causa de otro»[60]. En este estado de las cosas, juzgado como aborrecible por el Doctor Angélico, consiste exactamente la tiranía: «si llega a haber un régimen injusto solamente a causa de una persona, que busca en el gobierno su propio beneficio pero no el bien de la sociedad a él sometida, tal dirigente es llamado tirano»[61]. Acto seguido señala, sin embargo, que la tiranía puede darse no solo cuando un único sujeto detenta el poder, sino también cuando

---

[58] *De legibus*, III, XIX, 11.

[59] Téngase en cuenta que el bien común, aun no siendo privativo del individuo, es indiscutiblemente también *suyo*, en tanto que participa de él plenamente por ser miembro de la comunidad.

[60] T. de Aquino, *La monarquía*, Robles, L. y Chueca, A. (trad.), Madrid, Tecnos, 1989, p. 8.

[61] *Id.*, p. 9.

son varios quienes lo hacen o incluso cuando lo hace el pueblo (oprimiendo, por ejemplo, a los ricos). Ello demuestra que para Santo Tomás el elemento patológico de la tiranía no es que se prive a un sector más o menos extenso de la población de participar en los asuntos públicos, sino más bien que el poder se use de forma contraria al bien común: una democracia que incurra en tales prácticas será juzgada como tiránica; una monarquía pura que provea al bien común, en cambio, será recta y legítima.

Vitoria[62] y Suárez, como se acaba de indicar, comparten este planteamiento, que es coherente con su relativa neutralidad en la cuestión de la forma de Estado. Cuando el jesuita señala los elementos característicos del régimen tiránico, observa que cae en él el gobernante que lo trae todo «a su propia conveniencia prescindiendo del bien común» o que incurre en conductas inicuas «afligiendo injustamente a los súbditos … despojando, matando, pervirtiendo o perpetuando otras injusticias»[63]. No es ésta la única noción de tiranía que manejan Vitoria y Suárez, pues, como veremos a continuación, también consideran como tirano a quien se hace con el poder político de forma ilegítima, pero sí es la que permite comprender en qué circunstancias alguien que lo detentaba con arreglo a Derecho puede ser privado de él lícitamente.

Si Vitoria dedica relativamente poca atención a estas cuestiones, Suárez las aborda de forma central y pormenorizada, aunque en un sentido muy parecido a Vitoria. Como hemos visto, el Doctor Eximio, igual que su precursor dominico, acepta sin grandes dificultades la concentración de todo el poder en manos de un solo individuo y, en buena lógica, no reconoce carácter normativo a ninguna clase de contrapeso o de mecanismo institucional de corrección de los abusos del poder político. Así, para resolver estas situaciones de crisis constitucional, plantea, como Vitoria, la posibilidad de destituir al monarca devenido tirano. La insistencia en tales planteamientos y su exposición más pormenorizada obedece a las circunstancias de su tiempo: frente a la exigencia de Jacobo I a sus súbditos católicos de prestar juramento rechazando la posibilidad de deponer al monarca (especialmente a instancias del Papa), Suárez sale en defensa no solo del poder indirecto de la Iglesia en lo temporal, sino también del derecho del pueblo a destituir al tirano.

El jesuita granadino señala, en primer lugar, que la posibilidad de destituir al príncipe tiránico se fundamenta en el derecho que tiene la comunidad política a defenderse de todo aquello que pueda poner en peligro su propia conservación. Se trata, por lo tanto, de un mecanismo cuyas raíces se hallan en el Derecho natural y que resulta indisponible,

---

[62] *Comentarios a la II-II*, q. 185, a. 1, p. 143.
[63] *Defensio Fidei*, VI, IV, 1.

incluso en el marco de un pacto en virtud del cual el pueblo entregue el poder íntegramente a un monarca. Se da así un paralelismo con el derecho a defender la propia vida e integridad física frente a agresiones de terceros: igual que un individuo no puede desprenderse de un derecho tan esencial para la conservación de sus bienes más preciados, tampoco puede la comunidad política renunciar a su derecho a defenderse de un tirano que pueda poner en riesgo su continuidad[64].

Para Skinner[65], de tal afirmación se desprende que, para Suárez, la destitución del tirano únicamente será lícita cuando su permanencia en el poder ponga en peligro la continuidad del Estado, de modo que cualesquiera otras consecuencias dañinas de un ejercicio despótico del poder deben ser soportadas por el pueblo con cristiana resignación, mientras espera tiempos mejores. A mi juicio, esta aproximación resulta desacertada. Skinner parece tomar exclusivamente en consideración los pasajes en los que Suárez recurre a la analogía con el derecho individual a defender la propia vida e integridad física. En otros, sin embargo, el Doctor Eximio deja meridianamente claro que no solo cabe deponer al tirano cuando peligra la continuidad de la comunidad política, sino también cuando el príncipe vulnera gravemente los términos del pacto en virtud del cual recibió el poder, o daña el bien común, o contraviene el Derecho natural. Así, tras haber señalado que la «obediencia no obliga a someterse al rey si manda cosas ilícitas o contrarias a la salvación del alma», declara que «la perversidad del rey contra el bien común del Estado o contra el pacto y convenio con el reino puede ser tan grande que, de común acuerdo, pueda rescindir lo pactado y deponer al rey»[66]. El escenario que plantea aquí Suárez como susceptible de motivar la deposición del monarca no puede equipararse de forma inequívoca con un riesgo para la existencia de la comunidad política, lo que demuestra que la lectura de Skinner resulta demasiado restrictiva y que Suárez vincula muy estrechamente la legitimidad del poder político y la observancia de los términos de las leyes fundamentales de la comunidad.

Igual que para Vitoria[67], en Suárez existen diferencias sustanciales en cuanto a la deposición y occisión del tirano en función de su legitimidad de origen, esto es, si accedió legítimamente al poder (tirano *in regimine*) o si, por el contrario, lo usurpó (tirano *in titulo*). En la deposición, ello supone que solo sea pertinente utilizar tal término en el caso de un príncipe legítimo devenido tirano: al usurpador no es preciso quitarle formalmente el poder ya que *de iure* nunca ha sido su titular. Así pues, cuando el jesuita granadino considera esta posibilidad se re-

---

[64] *Defensio Fidei*, VI, IV, 15.
[65] Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought, op. cit.*, pp. 177-178.
[66] *Defensio Fidei*, III, VI, 11.
[67] *Comentarios a la II-II*, q. 64, a. 4, pp. 145-147.

fiere siempre a la de un monarca que alcanza el poder legítimamente, pero que lo ejerce torticeramente. Aun tratándose de un mecanismo carente de una regulación jurídica mínimamente detallada —consecuencia inevitable de su naturaleza no institucional[68]—, Suárez afirma que la deposición debe ser fruto del «acuerdo público y común de las ciudades y de los próceres»[69]. Sobre la forma en que estos sujetos deban reunirse no dice nada, lo que Wilenius[70] atribuye tentativamente a la escasez de asambleas democráticas en el siglo XVII que pudieran servir de referente[71]. A mi juicio, resulta más acertado e ilustrativo ver en ello un aspecto de lo que Font Oporto[72] denomina la *facticidad* de la filosofía política de Suárez, en virtud de la cual el jesuita pone el acento en mecanismos no institucionales de corrección de abusos, que permiten defender el bien común concreto de la comunidad ante una vasta multiplicidad de escenarios, frente a la rigidez en la que pueden caer los mecanismos de carácter institucional. La ausencia de indicaciones sobre la asamblea que debería acordar la deposición del tirano permitiría así mantener abierto un amplio elenco de posibilidades de actuación frente a situaciones de tiranía que pueden variar notablemente.

La distinción entre tirano *in regimine* y tirano *in titulo* cobra todavía mayor relevancia en la cuestión del tiranicidio, que Suárez aborda con especial atención y en unos términos que suscitan la ira de las cortes europeas de la época, pese a que su planteamiento de la cuestión no es original. Dicha diferenciación se traduce en que a cualquiera —incluso a un particular— le es lícito quitar la vida al tirano *in titulo*, toda vez que este, por el mero hecho de detentar el poder de forma ilícita, se encuentra en estado de guerra contra la comunidad, de modo que, en virtud del derecho a la legítima defensa, cualquiera de sus miembros puede repeler la violencia del tirano mediante la fuerza letal[73]. Ahora bien, tal posibilidad solo será acorde con el Derecho natural «si no tiene otro medio de librar al Estado de esa tiranía»[74]. En estrecha conexión con este requisito, señala también Suárez que solo es lícito matar al

---

[68] P. Font Oporto, «El sistema de límites del poder político en Francisco Suárez. La resistencia civil como instrumento fáctico de oposición al poder», *Proyección: Teología y Mundo Actual,* Facultad de Teología de Granada, 2017, pp. 444-445.

[69] *Defensio Fidei*, VI, IV, 15.

[70] R. Wilenius, *The Social and Political Theory of Francisco Suárez*, Helsinki, Societas Philosophica Fennica, pp. 84-85.

[71] Esta afirmación es discutible, puesto que, si bien es cierto que en la Castilla del siglo XVII no existen instituciones democráticas que puedan servir de referente, sí existen todavía unas Cortes —en declive— que siguen, además, muy presentes en los debates políticos de la época.

[72] Se trata de una idea que este autor ha expuesto en varios de sus trabajos. *Vid.*, entre otros, P. Font Oporto, «La facticidad de la filosofía política de Francisco Suárez», *Pensamiento*, Universidad Pontificia Comillas, 2018, pp. 194-196, o P. Font Oporto, *Límites de la legitimidad del poder político y resistencia civil en Francisco Suárez*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2014, pp. 516-535

[73] *Defensio Fidei*, VI, IV, 13.

[74] *Defensio Fidei*, VI, IV, 7.

tirano si no cabe esperar que de ello se deriven males peores o la permanencia del *statu quo*, como ocurriría, por ejemplo, si se prevé que tras la muerte del tirano ascienda al trono un nuevo monarca de perfil parecido.

En cambio, no es lícito que un individuo cualquiera quite la vida al tirano *in regimine*, a menos que lo haga para repeler un ataque injusto contra su persona[75] o contra el Estado (por ejemplo, cuando el monarca se dispone a atacar una ciudad con el propósito de destruirla y exterminar a sus habitantes). Suárez subraya con especial atención que no cabe invocar este último supuesto (el de una agresión contra la comunidad) en aquellas situaciones en las que el monarca, «reinando en paz, daña el Estado de otras maneras y le es perjudicial»[76], dado que esto equivaldría a hacer la guerra por cuenta propia, lo cual es siempre ilícito. La situación cambia si, una vez depuesto el tirano *in regimine*, este se aferra al poder. En tal caso, deviene un tirano *in titulo* y puede ser privado de su vida por cualquiera[77] en los términos anteriormente indicados.

Además del conjunto de la comunidad política, Suárez contempla la posibilidad de que sea el Papa quien deponga al monarca devenido tirano. Ello se puede producir principalmente en dos escenarios distintos, aunque compatibles. El primero de ellos es el del príncipe hereje, que puede ser privado de la corona como castigo por profesar creencias heterodoxas y para evitar que use su poder para conducir a sus súbditos al error en materia de religión. El segundo, el del monarca que, con sus faltas, lesiona gravemente el bien común del Estado que tiene encomendado. En tal caso también puede el Papa deponerlo, dado que «el gobierno tiránico de un príncipe temporal siempre es también pernicioso para la salvación de las almas»[78]. Así, esta facultad de intervención pontificia, que se ordena ante todo a la tutela del bien espiritual de los cristianos, constituye indirectamente un instrumento que permite también poner fin a situaciones de tiranía, y ello a través de un mecanismo que, a diferencia de los anteriores, sí es institucional, al ser atribuido a una instancia de poder bien definida e independiente.

El recurso a mecanismos no institucionales no es, por lo tanto, la única vía que contemplan los escolásticos españoles para la resolución de crisis constitucionales. Aun así, resulta pertinente recordar que dichos mecanismos no institucionales también están presentes en un autor protoliberal como Locke[79]. Más que una debilidad de la doctrina jurídico-política de los escolásticos españoles, como parece sugerir

---

[75] *Defensio Fidei*, VI, IV, 5.

[76] *Defensio Fidei*, VI, IV, 6.

[77] *Defensio Fidei*, VI, IV, 14.

[78] *Defensio Fidei*, VI, IV, 16.

[79] *Second Treatise*, 202 y 240. La edición consultada es J. Locke, *Two Treatises of Government*, Laslett, P. (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000. Las cifras indicadas se refieren a apartados de la obra, y no a páginas, de acuerdo con la práctica habitual.

Abril Castelló[80], la defensa de la deposición del tirano y la muerte del mismo en las formas señaladas constituyen, como señala Font Oporto, una solución pragmática ante las circunstancias políticas de su tiempo, que toma en consideración que tales mecanismos eran posiblemente «más efectivos que hipotéticas instancias institucionales civiles»[81].

7. CONCLUSIÓN

Vitoria y Suárez conceden una importancia muy limitada a las cuestiones de diseño institucional. Al atribuir al poder político un fin sustantivo y no minimalista, su principal preocupación es que el Estado ordene su actividad rectamente y no tanto la organización del poder, que puede variar legítimamente según las circunstancias de cada comunidad. En ambos casos muestran una cierta preferencia estrictamente prudencial por una monarquía templada. Sobre los contornos exactos de estas formas mixtas de organización del poder no ofrecen ninguna explicación detallada. Sea como fuere, consideran deseable en todo caso que, en el desempeño de sus funciones, el titular del poder se sirva, cuanto menos, del consejo de personas sabias, integrantes tal vez de alguna clase de órgano consultivo. Desde luego, no plantean obstáculo normativo alguno a la concentración del poder en las manos de un único sujeto, siempre que lo ejerza con arreglo al Derecho natural y al servicio del bien común.

No obstante, el que los escolásticos españoles acepten como legítima la concentración del poder en manos de un solo sujeto —el monarca— no los convierte en absolutistas. Tal conclusión se fundamenta en que el referido poder viene fuertemente limitado por el Derecho natural, su ordenación al bien común y el sometimiento al ordenamiento jurídico estatal, con independencia de si dicho poder se reparte entre una pluralidad de órganos o si, por el contrario, se opta por depositarlo exclusivamente en manos de un monarca. A ello hay que añadir que la entrega del poder se produce a través de la libre decisión del conjunto de la comunidad en el marco de un pacto, la vigencia del cual depende del respeto por los límites señalados y de cualesquiera otros que se hayan podido fijar. De lo contrario, Vitoria y Suárez reconocen el derecho del pueblo a desobedecer e incluso a deponer al gobernante. En supuestos tasados, aceptan incluso la legitimidad del tiranicidio. Tiranía, sin embargo, no significa concentración del poder en unas únicas manos, sino el ejercicio del mismo al servicio del interés particular de

---

[80] V. Abril Castelló, «Moral-Derecho-Política: homologación democrática y responsabilidad política Francisco Suárez», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, 1976-1977, pp. 252-253.

[81] P. Font Oporto, «Obediencia y desobediencia a reyes herejes y no cristianos en Francisco Suárez. Potestad del papa al respecto», *Gregorianum*, Pontificia Università Gregoriana, 2017, p. 72.

quien lo detenta, o de fines inicuos. También entienden como tiránico los escolásticos españoles el ejercicio del poder más allá de los límites normativos del mismo. Tales postulados conectan con la tradición constitucionalista medieval y contrastan vivamente con los propios del absolutismo, que incluyen los siguientes elementos o varios de ellos: legitimidad de origen divino de la monarquía, validez jurídica de toda norma que emane de la voluntad del titular del poder político, no sometimiento del príncipe a la ley y ausencia de mecanismos de corrección de abusos tales como la desobediencia o la deposición del tirano.

A estos límites hay que añadir la posición de la Iglesia como contrapoder en los Estados cristianos, capaz de corregir al poder político, dada la preeminencia del orden espiritual sobre el temporal. Así, cuando el poder político aprueba algún acto o norma cuyo cumplimiento pueda poner en riesgo la salvación de las almas, el Papa puede enmendarlos o derogarlos. En casos extremos, el Romano Pontífice está incluso facultado para deponer al príncipe que use su poder en perjuicio de las almas de sus súbditos. Con ello se abre una vía para la corrección de abusos de poder dentro de cauces institucionales, ya que el bien espiritual de los fieles se ve perjudicado no solo cuando se intenta apartarlos de la ortodoxia religiosa, sino también cuando el poder político les obliga a llevar a cabo o a tolerar conductas inicuas desde el punto de vista del Derecho natural.

Vitoria y Suárez, en definitiva, abordan los límites institucionales y la cuestión de los contrapoderes desde un paradigma nítidamente premoderno, como es inevitable en autores que desarrollan su actividad en los siglos XVI y XVII. Sin embargo, en sus respectivas obras se advierte con especial intensidad —en un contexto histórico en el que tales planteamientos no suscitan unanimidad alguna— la necesidad de fijar límites sustantivos al poder y de hacerlos efectivos a través de mecanismos de diversa índole. Y, aunque entre dichos mecanismos predominen claramente los no institucionales, la problemática que abordan —y la perspectiva desde la cual lo hacen— conecta plenamente con el constitucionalismo contemporáneo y constituye acaso una advertencia sobre los riesgos de confiar la fijación y salvaguarda de los límites del poder únicamente a la letra de las constituciones racional-normativas actuales o a determinadas formas de organización política basadas en un sistema complejo de frenos y contrapesos.

8. BIBLIOGRAFÍA

Abril Castelló, V., «Moral-Derecho-Política: homologación democrática y responsabilidad política en Francisco Suárez», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19, 1976-1977, pp. 211-262.

— «Derecho-Estado-Rey: monarquía y democracia en Francisco Suárez», *Revista de Estudios Políticos*, 210, 1976, pp. 129-188.

Amezúa Amezúa, L. C., «Aportaciones de los iusnaturalistas hispanos al ideario liberal», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, pp. 41-56.

Aquino, T. de, *La monarquía*, Robles, L. y Chueca, A. (trad.), Madrid, Tecnos, 1989.

— *Suma de Teología. Parte I-II*, Martínez Casado, A., González, D., Rodríguez Rodríguez, V., López de las Heras, L. y Rodríguez Arias, J. M. (trads.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.

Baciero Ruiz, F. T., *Poder, ley y sociedad en Suárez y Locke (Un capítulo en la evolución de la filosofía política del siglo xvii)*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008.

Bodin, J., *Les six livres de la république*, Paris, Fayard, 1986.

Durão Barroso, L., «A refutação do absolutismo no pensamento político de Francisco Suárez», en M. S. De Carvalho, M. Lázaro Pulido y S. Guidi (eds.), *Francisco Suárez: Metaphyisics, Politics and Ethics*, Coimbra, Coimbra University Press, 2020.

Finnis, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

Font Oporto, P., *Límites de la legitimidad del poder político y resistencia civil en Francisco Suárez*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2014.

— «El sistema de límites del poder político en Francisco Suárez. La resistencia civil como instrumento fáctico de oposición al poder», *Proyección: Teología y Mundo Actual,* 267, 2017, pp. 439–454.

— «Obediencia y desobediencia a reyes herejes y no cristianos en Francisco Suárez. Potestad del papa al respecto», *Gregorianum*, 98 (1), 2017, pp. 61–74.

— «La facticidad de la filosofía política de Francisco Suárez», *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica*, 279 (74), 2018, pp. 179–200.

García Cuadrado, J. A., «Francisco Suárez: entre el absolutismo y la democracia», *Cauriensia,* XII, 2017, pp. 169-189.

Gil Pujol, X., «Concepto y práctica de república en la España moderna. Las tradiciones castellana y catalano-aragonesa», *Estudis: Revista de Historia Moderna*, 34, 2008, pp. 111-148.

Fioravanti, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Martínez Neira, M. (trad.), Madrid, Trotta, 2001.

Hobbes, T., *Leviathan*, Tuck, R. (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

Locke, J., *Two Treatises of Government*, Laslett, P. (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

Molina Meliá, A., *Iglesia y Estado en el siglo de oro español: El pensamiento de Francisco Suárez*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977.

Rommen, H., *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, García Yebra, V. (trad.), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1951.
Skinner, Q., *The Foundations of Modern Political Thought: vol. II: The Age of Reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.
Suárez, F., *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Eguillor Muniozguren, J. R. (ed.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 6 vols, 1967-1968.
- *Defensa de la Fe Católica y Apostólica contra los errores del anglicanismo*, Eguillor Muniozguren, J. R. (ed.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 4 vols, 1970-1971.
Tattay, S., «Francisco Suárez: Absolutist or Constitutionalist?», en Markys, R. A. y Senent de Frutos, J. A., *Francisco Suárez (1548–1617) Jesuits and the Complexities of Modernity*. Leiden, Brill, 2019.
Vitoria, F. de, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, Urdánoz, T. (ed.), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.
— *La ley*, Frayle Delgado, L. (ed.), Madrid, Tecnos, 1995.
— *Relectio de Potestate Civili. Estudios sobre su Filosofía Política*, Cordero Pando, J. (ed.), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2008.

CAPÍTULO III

RECUPERAR LA CENTRALIDAD DEL PARLAMENTO A TRAVÉS DE LA FUNCIÓN DE CONTROL

Daniel Fernández Cañueto
Profesor Lector de Derecho Constitucional
Universidad de Lleida

1. EL PARLAMENTO COMO CENTRO DE GRAVITACIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO ESPAÑOL

Los nuevos contextos históricos que se han ido produciendo en las tres últimas décadas, presididos por cambios profundos en la vida económica, vertiginosos avances tecnológicos, nuevas demandas sociales, modernas formas de comunicación y progresivas mutaciones en el ámbito internacional, han provocado nuevas y urgentes exigencias tanto para la actividad política como para las instituciones que forman parte del núcleo central de las sociedades democráticas. En el marco de esas rápidas y profundas mudanzas, el Parlamento, de forma tal vez silente, pero en cualquier caso significativa, ha experimentado como ninguna otra institución el embate que esas nuevas dinámicas han representado.

Aun teniendo una crucial importancia para el funcionamiento democrático, tal parece que el Parlamento no tiene quien le escriba. Mientras la preocupación entre los académicos por el devenir global de la democracia constitucional ha seguido una trayectoria ascendente desde finales de los años noventa del siglo xx, menos reflexiones

particulares ha suscitado en cambio la institución parlamentaria[1]. De entre las originadas, la mayoría se ha centrado en el análisis de problemáticas surgidas alrededor de cuestiones específicas, en contrastar su auténtico funcionamiento con una supuesta realidad pretérita a la que debería volverse, en denunciar su anacronismo para con la modernidad a la par que ensalzar a los gobiernos por su mayor eficacia o en tratar de introducir en dicha institución principios como los de participación ciudadana, transparencia y rendición de cuentas.

Ahora bien, a pesar de la diversidad de planteamientos y objetivos, la práctica totalidad de esos estudios coinciden en que ya no es posible analizar el Parlamento solo desde la clásica teoría de la división de poderes, únicamente teniendo en cuenta la normativa vigente o con base en la idea tradicional de representación política, pues la creciente disimetría respecto a su funcionamiento real como consecuencia de la democracia de partidos obliga a un conocimiento objetivo y preciso de lo ciertamente existente antes de proceder a sugerir posibles modificaciones.

Así ordenado el esquema de análisis, es preciso comenzar respondiendo a la pregunta de *si el Parlamento debe ser el centro de gravitación del sistema político español.* A diferencia del presidencialismo cuya doble legitimidad democrática permite concebir y organizar el sistema de forma bicéfala, en los sistemas parlamentarios de gobierno la premisa teórica es que la política debe orbitar alrededor de y converger en el Parlamento, al tiempo que el objetivo práctico es que así sea. La razón estriba en que, en estos sistemas, dicha institución es la única que ostenta legitimidad popular directa, permite hacer efectiva la conexión pueblo-Estado, da visibilidad al pluralismo político y, por último, genera la unidad nacional de entre la diversidad política. De lo anterior se han derivado dos consecuencias principales. Primero, que a través de la vida parlamentaria deben pasar tanto las decisiones más importantes para el devenir de la colectividad como acabar confluyendo a su alrededor el conjunto de interacciones políticas que en la comunidad se desarrollen. Y, segundo, que para asegurar que las políticas públicas estén en consonancia con la voluntad ciudadana, históricamente se le han otorgado las funciones de aprobar leyes, presupuestos y controlar a un Gobierno que debe tener el respaldo mayoritario de la Cámara para que su actividad ostente una cadena ininterrumpida de legitimidad popular.

---

[1] Al parecer de José Tudela, «nadie repara en esta institución cuando se plantean los problemas de la democracia del presente ni, por supuesto, cuando se exponen posibles soluciones a los defectos detectados. Puede decirse, sin exageración, que el Parlamento es una institución invisible en la discusión contemporánea sobre la democracia». En J. Tudela Aranda, «Reflexiones sobre la renovación del Parlamento», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 2006, núm. 17, p. 408.

Ahora bien, aunque en los regímenes parlamentarios de gobierno el Parlamento deba ser el centro de gravitación del sistema político y la Constitución Española así diseñara nuestra monarquía parlamentaria, en la actualidad parecen haber ciertos desajustes entre esos planteamientos teórico-constitucionales y su funcionamiento práctico. Cuestión por la cual debemos, seguidamente, interrogarnos sobre *si el Parlamento sigue siendo el centro de gravitación en España y, de no ser así, cuáles son los motivos*.

Desde su promulgación, la lógica del redactado constitucional se vio alterada por la dinámica de una democracia de partidos donde los cargos públicos representativos y los grupos parlamentarios en los que éstos se integran están sometidos a las directrices de unos agentes externos al propio Parlamento: los partidos políticos. Es bien cierto que los constituyentes quisieron combinar la democracia liberal con la de masas, pues, por un lado, otorgaron a los partidos la misión de ser interlocutores privilegiados entre la ciudadanía y las instituciones (art. 6 CE) mientras que, por el otro, protegieron la independencia del representante electo (arts. 23.2 y 67.2 CE). Pero no lo es menos que la capacidad reservada a los primeros para decidir sobre la composición de las listas, el sistema electoral proporcional y la necesidad de presentarse ante la opinión pública con un mensaje identificable y uniforme, han «influido de forma determinante en la formación de un determinado tipo de partidos, en la definición de jerarquías, en la marcada estructura de una línea de mandos, en el fortalecimiento de los liderazgos, en la eliminación —en la mayoría de los casos—de rasgos asamblearios, y ha reforzado los elementos cohesivos de la organización y la forma y estilos de dirección»[2]. Así pues, y con la inestimable ayuda de los reglamentos de las Cámaras, se ha ido generando en España un parlamentarismo directamente monopolizado por unos grupos parlamentarios que no son otra cosa que instrumentos de transmisión de las directrices de los partidos políticos.

Enlazándolo con la posición del Parlamento en el interior de nuestra forma de gobierno, lo anterior ha tenido como mínimo dos consecuencias. La primera ha sido que, a la dialéctica Gobierno-Parlamento propia de la teoría clásica de la división de poderes, se le ha añadido, y casi afirmaríamos que superpuesto, la lógica mayoría de Gobierno-oposición parlamentaria inherente a la democracia de partidos[3]. Ello comporta que las funciones, mecanismos y disposiciones tanto constitucionales como reglamentarias diseñadas para operar en una lógica

---

[2] Juan Luis Paniagua, «Sobre la forma de gobierno parlamentario en España: Un parlamentarismo racionalizado de corte presidencial», en *Seminario internacional sobre el parlamentarismo europeo y el presidencialismo latinoamericano cara a cara*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2010, p. 8.

[3] Manuel Aragón Reyes, «El control parlamentario como control político», en *Revista de derecho político*, 1986, núm. 23, p. 28.

interorgánica (Gobierno-Parlamento), disminuyan de manera notable su eficacia porque se aplican a una realidad donde existe un continuum entre partido político-mayoría parlamentaria-gobierno. Buena muestra de ello es, por ejemplo, las comisiones de investigación no permanentes (art. 51 RCD), pues como su creación depende de la mayoría parlamentaria, en el caso de quererse impulsar una para investigar actuaciones gubernamentales, resulta imprescindible recabar el apoyo de la propia mayoría que sustenta al Gobierno para llevarlas a cabo[4]. Y la segunda consecuencia es que la mayoría parlamentaria se ha convertido, habitualmente, en una mera formalizadora de la voluntad política de los gobiernos, pues se encuentra normalmente sujeta a unos partidos cuyos líderes forman parte o lideran el Gobierno, de manera que, en la realidad práctica, no es el Gobierno el que se somete a la mayoría parlamentaria, sino que la misma está dirigida por aquél a través del vínculo partidista[5]. Dicha inversión de la lógica parlamentaria comporta un vaciamiento de algunas funciones actualmente adjudicadas al Parlamento, vislumbrándose, por ejemplo, en que los proyectos de ley del gobierno rara vez son modificados a propuesta de la propia mayoría parlamentaria.

Junto a lo anterior, desde finales del siglo XX, se han ido añadiendo, como mínimo, cinco nuevas realidades que ahondan en la alteración del diseño constitucional y, por tanto, en el lugar que ocupa el Parlamento dentro del sistema político español. La primera es la disminución de la eficacia de algunos procedimientos y mecanismos fruto de la progresiva complejidad del sistema productivo, la aceleración del tiempo de la existencia humana[6] y la alta capacidad de cambio en el ámbito económico-social producto de las nuevas tecnologías y la globalización. La segunda novedad es la pérdida de la supremacía del orden jurídico interno en aquellos ámbitos competenciales cedidos como consecuencia de la integración del Estado en organizaciones supranacionales o de la firma de tratados de libre comercio, constriñendo de esa manera la capacidad de los Estados de normativizar de manera autónoma los quehaceres de su propia comunidad política. La tercera es la entrada en vigor de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, pues, paradójicamente, cuanta mayor capacidad ostenta directamente el ciudadano y mayor sea la obligación de transparencia del Gobierno, menor importancia sociopolítica tiene el parlamentario y los grupos en los que este se integra como receptores de información y primeros controladores políticos del Gobierno. La

---

[4] El último ejemplo de ello es la negativa de la mayoría parlamentaria a crear una comisión de investigación sobre la gestión del Gobierno durante la pandemia del covid-19.

[5] Manuel Aragón Reyes, «Democracia y Parlamento», en *Revista catalana de Dret públic*, 2008, núm. 37, pp. 136-141.

[6] Josu de Miguel Bárcena, «Tiempo y Constitución: conceptos y metodología», en Fernández Sebastián y Tajadura Tejada (dirs.), *Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 33-74.

cuarta nueva realidad trae causa de la crisis de los partidos políticos, pues la necesidad de reconectar con la ciudadanía y de hacerlo partiendo de principios regeneradores (transparencia, participación y rendición de cuentas), ha comportado en la práctica un cierto constreñimiento de la política[7]. Y, la quinta y última novedad es la proliferación de unas redes sociales que, entre otras muchas cosas, permiten una conexión directa de los partidos con los ciudadanos y hacen que el debate entre diferentes opciones políticas se traslade esencialmente al interior de esas mismas plataformas digitales.

En suma, todo lo anterior ha comportado que el Parlamento ya no pueda ser calificado en la práctica diaria como el centro de gravitación del sistema político español. La dinámica y regulación de la democracia de partidos ha ido sustituyendo al Parlamento por la dupla Gobierno-partidos, convirtiendo al primero de la misma en el verdadero centro del sistema. Esta situación se ha visto ampliada tanto por la creciente complejidad y volatilidad social como por la brecha estructural entre la dimensión todavía nacional de la política y la escala global de los mercados y los organismos supranacionales, siendo los gobiernos quienes tienen la posibilidad de desempeñar un papel más activo en ellos. Además, la ley de transparencia, la voluntad partidista de reconectar con las bases electorales y la aparición de las redes sociales han supuesto una disminución del valor socio-político de la institución como medio de información y lugar de debate[8].

2. AYUDAR A RECUPERAR LA CENTRALIDAD DEL PARLAMENTO A TRAVÉS DE LA FUNCIÓN DE CONTROL

Si el Parlamento debiera ser, pero en cambio no es, el centro de gravedad del sistema político español, ¿sobre qué bases construimos entonces la recuperación de esa centralidad parlamentaria perdida? Teniendo muy presente la realidad anteriormente descrita, es perentorio tratar ahora de esbozar nuevos caminos y diseñar alternativas para que, con renovadas premisas teóricas y modernizadas funciones prácticas, el Parlamento vuelva a ser el eje alrededor del cual orbitan el conjunto de actores e instituciones políticas en España. Asimismo, esta labor debe realizarse sabiendo que

---

[7] Nos referimos, en esencia, a que la llamada de los partidos a la militancia para que decidan directamente cuál debe ser el sentido del voto en el Parlamento o con quién y qué se pacta, impide la ductilidad política que permitía llegar a acuerdos. Las decisiones tomadas de antemano por la militancia se convierten en un mandato imperativo que hace totalmente estéril el debate entre partidos o en el Parlamento, pues las posiciones se conciben de inicio como «democráticamente inamovibles».

[8] Ángel J. Sánchez Navarro, «Control parlamentario y minorías», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, abril-junio 1995, núm. 88, p. 223.

> la posición del Parlamento en el universo del Estado constitucional transciende la de un mero órgano de su funcionamiento, por muy importantes que sean las funciones que puedan atribuírsele. El Parlamento es símbolo, mito, ropaje, escenificación de la democracia y de sus valores. Por ello, es fundamental que en su nuevo diseño asuma con especial fuerza el reto de desarrollar el universo simbólico democrático […] De alguna manera, el Parlamento debe ser imagen nítida de la nueva etapa que parece abrirse para la política democrática[9].

Teniendo en cuenta lo anterior, esa condición de principal escenario del debate político y universo simbólico de la democracia que ha venido desempeñando históricamente el Parlamento, no parece que podamos alcanzarlo hoy a través de la función legislativa, de impulso político o de la presupuestaria. Las experiencias de la primera mitad del siglo XX, la gobernabilidad que otorga el parlamentarismo racionalizado, la pervivencia de la democracia de partido, la dirección política conferida constitucionalmente al gobierno[10], la aceleración del tiempo social, la progresiva complejidad de las materias a regular, la globalización comercial y la internacionalización del derecho no solo han relegado en la práctica al Parlamento en relación a dichas funciones, sino que además se han erigido en poderosos argumentos a favor del protagonismo del Ejecutivo y en contra de transitar un camino teórico-práctico tendente a continuar otorgándoselas de manera ordinaria al Parlamento[11]. La imposibilidad de ser el habitual iniciador y diseñador de la legislación o de ser el primer protagonista del impulso político y presupuestario, no significa que la institución deba estar ausente de dichas tareas o que en un momento dado no pueda ejercerlas de forma preferente, pero sí que evidencia la inviabilidad de basar en aquello que peor puede hacer la recuperación de la centralidad parlamentaria. Cuestión parecida sucede con las funciones de representación, integración, comunicación, divulgación o elección, pues al no ser cometidos prima-

---

[9] José Tudela Aranda, «Reflexiones sobre la renovación del Parlamento» …, pp. 423-424.

[10] En relación con ello, Joaquín García Murillo afirmará que «por exigencias no solo de la práctica, sino también de la teoría […] al Gobierno le compete la dirección de la política lo que incluye, sin duda, la dirección de la «política legislativa», puesto que es a través de ella como puede realizar su programa. Es algo más que demostrado que, en los sistemas parlamentarios, el elector no solamente —y tal vez, ni siquiera principalmente— elige un representante, sino que se pronuncia por una opción de gobierno habitualmente asociada a un equipo dirigente y a un candidato a Primer Ministro. Por lo tanto, es una exigencia sistémica, dada la naturaleza de la relación fiduciaria entre Parlamento y Gobierno, que el elector establezca una relación de confianza y expectativa de respuesta con el partido y el líder al que ha expresado su apoyo. De hecho, la única forma de asegurar un Gobierno estable y operativo —lo que, sin duda es un bien constitucional de notable entidad— es garantizar un apoyo sostenido e institucionalizado de la mayoría parlamentaria al Gobierno». En Joaquín García Murillo, «El Parlamento ante las nuevas realidades», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario,* 1997, núm. 4, p. 156.

[11] José Tudela Aranda, «Una reflexión crítica sobre el presente del Parlamento desde una Cámara autonómica», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 2000, núm. 9, p. 221.

rios, autónomos o jurídicamente objetivables, es difícil convertirlos en los mecanismos basilares de dicha necesaria recuperación.

En cambio, diferente escenario nos encontramos cuando nos acercamos a la función de control. Seis son los motivos concatenados por los que pensamos que el control puede ser una de las bases principales a través de la cual recuperar la centralidad perdida por la institución parlamentaria. El primero es porque resulta una labor primaria del Parlamento. Desde el momento en que los cargos públicos representativos son los que en exclusiva encarnan la voluntad popular, la institución se convierte en la única que puede supervisar el cumplimiento de uno de los fines propios de la democracia, a saber, que las políticas públicas del Estado desarrolladas por el Gobierno estén en consonancia con lo querido por la ciudadanía. De esta forma, el control parlamentario es una función principal e imprescindible en todo régimen parlamentario de gobierno porque es la manera jurídico-constitucional que se ha encontrado de garantizar que la actuación de los gobernantes responda a la voluntad de los gobernados. O, como muy bien afirma Manuel Sánchez de Dios,

> la democracia representativa se basa en «una cadena de delegación del poder» a diferentes niveles. Los niveles principales son, por un lado, el que hay entre los votantes y los parlamentarios y, por otro, el que hay entre los legisladores y el órgano ejecutivo. Esta cadena de delegación se reproduce de manera invertida en una estructura de responsabilidad, que se plantea desde el Gobierno hacia el electorado por mediación del Parlamento. En el sistema parlamentario, el control del ejecutivo se localiza en el corazón de «la cadena de la responsabilidad». Así, el control del ejecutivo tiene que ser analizado como una de las cuestiones centrales de la actividad de cualquier órgano parlamentario[12].

El segundo motivo es que la función controladora es la única que el Parlamento todavía puede ejercer de manera independiente a través de una multiplicidad de herramientas. Es decir, a diferencia de la potestad legislativa o la presupuestaria que requieren de la mediación de otras instituciones para su perfección, la función de control puede realizarse de manera totalmente autónoma. Lo cual, como afirmamos anteriormente, la convierte en una candidata idónea para intentar ayudar a reposicionar al Parlamento en el interior del sistema político[13].

El tercero es porque la supervivencia del Parlamento pasa por «ser una cuña de sosiego y reflexión en ese tiempo bullicioso»[14], es decir,

---

[12] Manuel Sánchez de Dios, «La actividad de las Cortes Generales entre 1979 y 2000 desde la perspectiva del gobierno de partido», en *Política y Sociedad,* 2005, vol. 42, núm. 1, p. 229.

[13] Javier García Roca, «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo», en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, julio-diciembre 2017, núm. 37, p. 7.

[14] José Tudela Aranda, «Reflexiones sobre la renovación del Parlamento» …, p. 421.

por erigirse en contrapeso de una sociedad cada vez más acelerada, variopinta y compleja. Para ello, el único cometido capaz de pensarse teóricamente y realizarse en la práctica «a la contra de la realidad» que se viene imponiendo es el de control, pues el resto de las funciones no pueden más que desarrollarse en connivencia con el devenir de la propia sociedad so pena de convertirse en ineficaces e incluso anacrónicos.

La cuarta motivación proviene del hecho de que si como fruto de la constitucionalización de los partidos y de la racionalización del Parlamento, dicha institución ha pasado de núcleo irradiador a núcleo receptor de la política, debe entonces dotársele de un contenido adecuado a ese cambio de paradigma. Cuestión que, a nuestro parecer, esencialmente puede realizarse a través de una función de control que permite dar publicidad a la pluralidad de visiones políticas sobre las propuestas normativas que el Parlamento recibe y otorgar a su vez legitimidad democrática a las que finalmente se promulgan.

La quinta razón es que si la teoría clásica de la división de poderes debe compaginarse ahora con la lógica de mayoría de Gobierno-oposición parlamentaria inherente a la democracia de partidos, ello no solo altera la idea tradicional de representación política[15], sino que también afecta directamente tanto a la conceptualización de los sujetos que ejercen la función de control como a los instrumentos a través de los que esta debe desempeñarse. Lo cual, a su vez, permite afirmar que es un momento propicio para repensar dicha función en clave institucional, pues al encontrarse ante la imperiosa necesidad de transformarse, se convierte en una de las funciones con las que mejor podemos trabajar para realzar el Parlamento en el siglo XXI.

Y la sexta razón para recuperar la centralidad del Parlamento español a través del control es porque sería positivo seguir la estela de otros países que han llevado a cabo reformas proclives a corregir la disparidad entre este y el Gobierno teniendo muy presente en ellas la función de control. Un primer ejemplo lo encontramos en la reforma constitucional francesa de 2008 para la modernización de las instituciones de la Vª República, pues con el objetivo de atajar el «desequilibrio de nuestras instituciones en detrimento del poder legislativo», aumentaron el tiempo que disponían los parlamentarios para examinar los textos legislativos, la duración del control parlamentario sobre el Gobierno y se creó el estatuto de la oposición[16]. Y un segundo ejemplo sería la Ley de Reforma Constitucional y Gobernanza inglesa de 2010 cuyo objetivo era limitar los poderes del ejecutivo y revitalizar la Cá-

---

[15] Al cambio del concepto representación política fruto de la democracia de partidos dediqué mi tesis doctoral, teniendo como resultado el siguiente libro: Daniel FERNÁNDEZ CAÑUETO, *Representación política y constitución española*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

[16] Stephane PIERRE-CAPS, «La revisión constitucional francesa de 2008 o el cambio en la continuidad», en *Teoría y Realidad Constitucional,*2012, núm. 29, pp. 91-130.

mara de los Comunes, acabando por incrementar los controles que el Parlamento ejercía sobre la ratificación de tratados.

En definitiva, el Parlamento no puede ni debe renunciar a ninguna de las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas, pero en esta determinada fase histórica del desarrollo de la vida política democrática española es con la tarea de control con la que parece que podemos trabajar con mayor profusión para recuperar la centralidad política perdida[17]. Es decir, lo imprescindible en un régimen parlamentario de gobierno es que el Parlamento sea siempre su centro de gravitación política. La forma de conseguirlo varia atendiendo a una multiplicidad de condicionantes de cada etapa histórica. Y en la actualidad, el siempre indispensable principio de realismo dicta que parece ser el momento de conseguirlo a través de la función de control. Por ello, es preceptivo pasar a realizar una triple operación: analizar las diferentes teorías que sobre el concepto de control parlamentario se han desarrollado en España, determinar cuál de ellas vamos a utilizar y, por último, especificar qué consecuencias jurídicas puede tener su adopción.

3. LAS TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO DE CONTROL PARLAMENTARIO EN ESPAÑA

Cuanto más dilatada, técnica y profunda es la discusión sobre la correcta definición de un determinado concepto, mayores son los riesgos de que el debate de fondo vaya quedando velado por la sucesión de argumentos y contraargumentos que las diferentes teorías proporcionan. Por ello, antes de realizar un análisis de los diversos intentos de conceptualización que sobre el control parlamentario se han realizado actualmente en España, creemos oportuno explicitar cuál es, a nuestro parecer, la discusión fundamental que da origen a esa pluralidad de resultados teóricos.

Durante la primera mitad del siglo XX, la discusión esencial versará sobre si las actividades realizadas y los instrumentos utilizados por la oposición pueden y/o deben entenderse como parte de la función constitucional de control parlamentario, habida cuenta de que es ella quien ejerce de contrapoder real frente a la tríada partido-mayoría-Gobierno. En España, si bien es cierto que se ha escrito bastante sobre la cuestión desde 1978[18], cuatro son los académicos que a nuestro entender han hecho mayores esfuerzos teóricos por intentar zanjar este debate concretando cual debe ser, a su criterio, el concepto actual de control

[17] José Tudela Aranda, «La renovación de la función parlamentaria de control», en *Teoría y Realidad Constitucional,* 2007, núm. 19, p. 78.

[18] Francisco Martínez Vázquez, «Repertorio bibliográfico sobre control parlamentario», en *Teoría y Realidad Constitucional,* 2007, núm. 19, pp. 415-439.

parlamentario desde un punto de vista constitucional. Bueno y preceptivo será, pues, que tratemos ahora de sintetizar de manera sumaria y en orden de aparición, sus aportaciones y puntos de vista.

Fernando Santaolla López[19] parte del firme propósito de construir un concepto jurídico-formal de control parlamentario. Para ello, manifiesta que, aunque a partir de la Constitución existen diferentes tipos de controles (jurisdiccionales, políticos, administrativos y sociales, etc.), únicamente puede haber un concepto de control constitucionalmente válido que posteriormente será aplicado de manera específica por cada órgano o institución que lo desarrolle: si lo hace un tribunal será jurisdiccional, si lo hace la Administración pública será administrativo y si lo hace el Parlamento será parlamentario.

Con base en lo anterior, Santaolalla acaba aseverando que todo control constitucional comporta una revisión de la actividad de otro que finaliza con una potestad de sanción para determinar si se han respetado los valores o principios protegidos, de manera que solo existirá jurídicamente control cuando haya un acto de confrontación o juicio de una determinada conducta, unido a la facultad de corregirlo por medios claramente establecidos en derecho. Por tanto, y después de añadir la idea de Carlo Chimenti de que dicho control debe efectuarse mediante pronunciamientos colegiados[20], asevera que existirá control constitucional cuando un órgano o un acto de un órgano deba someterse al veredicto de otro órgano con capacidad formal para anularlo o corregirlo. Así pues, al parecer de Santaolalla, únicamente podremos hablar de control parlamentario cuando el juicio que realicen las Cámaras como órgano lleve aparejado el ejercicio de facultades sancionadoras. Con ello no asevera que materialmente el contenido del juicio del Parlamento al Gobierno sea de naturaleza jurídica, sino que, a sabiendas de que éste es de carácter político, únicamente será control desde el punto de vista jurídico-constitucional si dicho juicio de oportunidad tiene consecuencias jurídicas. O, expresado de otro modo, no será posible hablar de control parlamentario cuando los efectos de esas actuaciones de revisión o fiscalización realizadas por o en el Parlamento tengan solo consecuencias políticas o sociales.

En cambio, *Joaquín García Morillo*[21] considera que los problemas de conceptualización jurídica del control parlamentario parten de una

---

[19] Fernando Santaolalla López, *El Parlamento y sus instrumentos de información*, Edersa, 1982; «La función de control y la ciencia del derecho constitucional», en *Revista de las Cortes Generales,* 1987, núm. 12; *Derecho parlamentario español*, Madrid, Dykinson, 2019.

[20] Carlo Chimenti, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milan, Giuffré Editore, 1974, p. 258.

[21] Joaquín García Morillo, *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985. Parte de su trabajo puede también vislumbrarse en José Ramón Montero Gibert y Joaquín García Morillo, *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984.

incorrecta mixtificación que lleva a fijar en la sanción el momento fundamental y el que le da jurídicamente sentido a cualquier tipo de control. Una confusión que, a su criterio, no hace más que limitar sus posibilidades de definición posterior y dejar sin explicación jurídica una pluralidad de mecanismos, acciones y procedimientos que no comportan responsabilidad política alguna o bien que esta última sea muy difícil de alcanzar. Para evitarlo, y en abierta oposición a Santaolalla, considera que controlar significa jurídicamente comprobar, fiscalizar, revisar o examinar la conducta de un sujeto controlado por parte de un sujeto controlante, sin que ello comporte la necesidad de que exista una facultad de corrección por medios establecidos en derecho de la acción controlada. Una vez precisada la definición genérica de control, el autor estima que la teoría del control parlamentario debe armarse alrededor del concepto de garantía. A saber, como quiera que esta es un mecanismo jurídico utilizado para asegurar la adecuación de los comportamientos a las normas que deben regirlos, el Parlamento puede ser entendido como una garantía de la democracia parlamentaria porque es la única institución que permite asegurar que el gobierno obedezca a la voluntad popular. Lo cual comporta que el fundamento del control parlamentario no sea otro que ser la herramienta para que dicha institución cumpla la función de garantía para con la democracia y que su definición genérica sea asegurar que la actuación de los gobernantes responde a la voluntad del pueblo.

Así pues, al parecer del autor, el control parlamentario puede definirse como la actividad que el Parlamento realiza para comprobar o verificar que la actividad del Gobierno se adecúa a los criterios objetivos que deberían informarla, con independencia de que a lo anterior le siga o no una sanción. Ahora bien, lo anterior no significa que las actividades de la oposición se consideren parte de la función de control parlamentario, pues aquellas se perciben como lo opuesto a este. Es decir, dado que Morillo define el control como la actividad que el Parlamento realiza para comprobar o verificar que las decisiones y acciones del Ejecutivo se adecuan a la voluntad popular representada en las Cámaras, la actividad desempeñada por la oposición no puede más que quedar extramuros del control, pues el cometido de la misma es precisamente tratar de modificar esa voluntad popular de cara al futuro confrontando sus propuestas actualmente minoritarias con las de la tríada partido-mayoría-Gobierno.

Contrapunto a los anteriores académicos será la posición sostenida por *Manuel Aragón Reyes*[22]. Si bien asume de Morillo que control

[22] Manuel Aragón Reyes, «El control parlamentario como control político», en *Revista de Derecho Político*, 1986, núm. 23, pp. 9-39; «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril 1987, año 7,.núm. 19, pp. 16-17; «La función del Gobierno y la función de las Cámaras. El significado

significa fiscalización, añade además que dicho término es inseparable del concepto de Constitución democrático-normativa porque permite que realmente ésta sea un instrumento de limitación y legitimación del ejercicio del poder. En efecto, dicho autor empieza afirmando que en toda Constitución se configuran una extensa red de controles (jurídicos, políticos y sociales) para impedir el ejercicio ilimitado e irresponsable de cualquier autoridad y para garantizar que todo ejercicio del poder responda en última instancia a la voluntad popular. Ahora bien, que todos esos controles no acaben operando en el ámbito jurídico, atiendan a criterios jurídicos o tengan consecuencias jurídicas directas, no impide que puedan ser estudiados jurídicamente sin que ese estudio transforme en jurídicos a fenómenos que no lo son. Así pues, a su juicio, la disparidad en cuanto al ámbito en el que operan los controles constitucionales no solo no impide su análisis jurídico, sino que hace imprescindible estudiarlos de manera individualizada para que puedan comprenderse de forma precisa y desarrollarse con profusión atendiendo a su particular contexto de aplicación.

Basándose en lo anterior, y a diferencia del control jurídico y del social, Aragón considera que el de carácter político está regulado por el Derecho solo de un modo superficial, estableciendo únicamente quienes son los controlantes, los controlados y los instrumentos para ejercer el control. Los agentes del mismo deberán ser siempre órganos, autoridades o sujetos de poder político institucionalizado que tengan reconocida dicha competencia. La actividad de enjuiciar será libre, voluntaria y subjetiva, lo que comportará que esté basada en criterios de oportunidad políticos y no de legalidad. El fin último del control será la actividad del órgano, pero no la producción jurídica objetivada del mismo (reservada al poder judicial). Además, dicho objeto de control podrá ser sucesivo o previo, de tal manera que, a veces, lo constituirán actividades ya realizadas, pero otras, meros proyectos de actuación. Y, por último, el control político no requerirá sanción alguna para que éste pueda perfeccionarse, pues sus efectos serán puramente políticos. Lo que significa que esta tipología de control producirá consecuencias por el mero hecho de ponerse en marcha, pues su finalidad es la fiscalización política del poder, o lo que es lo mismo, que las actividades públicas estén sometidas a crítica y valoración política pública e

---

actual del control parlamentario» e «Información parlamentaria y función de control», en VVAA, *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Madrid, CEC, 1995; «Democracia y Parlamento», en *Revista catalana de Dret públic,* 2008, núm. 37, pp. 129-155; «Control parlamentario», en Aguado Renedo y Aragón Reyes, *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional,* 2011, Thomson Reuters, t. ii, pp. 236-240. Asimismo, bien podría afirmarse que una parte de las líneas maestras que desarrollará Manuel Aragón fueron ya esbozadas por Francisco Rubio Llorente: «El control parlamentario», en *Revista Parlamentaria de Habla Hispana,* 1985, núm. 1, (reproducido posteriormente en *La forma del Poder*, Madrid, CEPC, 1993 y, reeditado actualmente, en Benigno Pendás, *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Madrid, CEPC, 2018, vol. iv, pp. 3289-3303).

institucionalizada. De tal manera que podrá existir sanción cuando el ordenamiento lo considere, pero que no será imprescindible para que exista control político.

Desde esta perspectiva, para Aragón el control parlamentario será el máximo exponente de control político. Un control cuyo agente es un Parlamento que fiscaliza políticamente la acción del Gobierno y que pudiendo llevar aparejada una sanción, esta no forma parte de su contenido indispensable. Fruto de lo anterior, al parecer del autor, existirán dos tipos de controles: uno «por» y otro «en» el Parlamento. El control «por» lleva siempre aparejada una sanción a través de resoluciones o acuerdos adoptados por mayoría, mientras que el control «en» no comporta un acto donde se exprese la voluntad de la Cámara, de manera que también podrá ser realizado por los miembros de la oposición. Dualidad esta que permite hacer aflorar una realidad de nuestro tiempo, a saber, que junto a la clásica contraposición Gobierno-Parlamento, hoy también existe la contraposición mayoría de Gobierno-Oposición.

El último de los académicos cuya propuesta consideramos preciso comentar es Santiago González Fernández[23]. Digamos de entrada que este autor coincide con Morillo y Aragón en equiparar control a fiscalización y con Aragón en el carácter político del control parlamentario, pero difiere de este último en que el término pueda bifurcarse en control «en» y «por» el Parlamento, pues considera que aquél debe conceptualizarse de manera que pueda aplicarse con independencia de cuál sea la distribución de fuerzas en el arco parlamentario. Con tal objetivo, empieza afirmando que existe una mutación de los dogmas constitucionales de la democracia representativa (soberanía nacional, mandato representativo, división de poderes, democracia parlamentaria y de partidos) que los invalida para comprender la realidad actual, pasando posteriormente a aseverar que la reconstrucción del Parlamento debe realizarse entonces teniendo presente que las funciones ejercidas por los órganos del Estado (jueces, Parlamento y gobierno) pueden reducirse actualmente a dos: dirección política y control. Unas funciones que, además, no se atribuyen a órganos exclusivos dentro de los poderes del Estado, pues ni la función de dirección pertenece solo al gobierno ni la de control únicamente al Parlamento. En el primer caso porque es compartida entre Gobierno y Parlamento, mientras que en el segundo porque las Cámaras ostentan el control político y los jueces el control jurídico.

Basándose en esa bicefalia de funciones que ejercerían los órganos del Estado, analiza específicamente las de carácter parlamentario para acabar aseverando que todos los cometidos que tienen constitucionalmente encomendadas las Cámaras no serían sino procedimientos a

[23] Santiago González Fernández, *El control como función primordial del Parlamento en la era de la Gobernanza*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2020.

través de los cuales se ejerce la función de control, convirtiéndose esta en el bastión de la centralidad parlamentaria. Ahora bien, como en su opinión la definición de control parlamentario realizada por Aragón no es solo bicefálica sino también de carácter tautológico porque comporta que el control equivalga al ejercicio de los propios instrumentos de control, es necesaria una redefinición que incluya unos parámetros de verificación basados en los conceptos de buen gobierno y gobernanza.

Así pues, según González, existirá control parlamentario cuando el Parlamento pueda compeler al Gobierno y a todos los agentes de la gobernanza para conocer, en términos de trazabilidad y transparencia, los motivos, fines e intereses que convergen en cada actuación o decisión gubernamental concreta para que dicha cámara pueda saber el contexto en el que se produjeron. Cuestión por la cual, mientras la eficacia del control consistirá en que las decisiones del poder puedan ser trazadas desde su origen (proceso de toma de decisiones, motivos de la decisión y efectos que se pretenden alcanzar o que se han obtenido), las eventuales consecuencias que para cada agente del órgano de control se desprendan de la actuación controlada ya no formarán parte del control mismo sino de un momento posterior, a saber: el de la crítica política orientada a influir en el electorado para obtener el efecto jurídico que se produce mediante las elecciones. Y esto último es así porque el control se concibe como una situación de hecho que existirá siempre que concurra la información que permita atribuir el tanto de responsabilidad que le corresponde a cada agende de la gobernanza en la toma de decisiones que se producen.

En conclusión, aunque Santaolalla, Morillo y González desarrollan tres teorías diferentes, todas ellas excluyen las actividades realizadas y los instrumentos utilizados por la oposición política de la función de control parlamentario. El primero porque afirma que no puede existir jurídicamente control si no va acompañada de una obligación de sanción orgánica, siendo ésta únicamente realizable por la mayoría. El segundo porque asevera que el control es la actividad que la mayoría desarrolla para comprobar o verificar que la actividad del Gobierno se adecúa a la voluntad popular. Y el tercero porque manifiesta que existirá control cuando el conjunto del Parlamento reciba la información que le permita la atribución de responsabilidades a cada sujeto partícipe de la gobernanza, de tal forma que cualquier actividad posterior queda extramuros de dicha función. Por el contrario, Aragón parte de la idea de incorporar la actividad de la oposición y los instrumentos a través de los cuales ésta los lleva a cabo al concepto de control parlamentario, pues asevera que la finalidad de éste es la fiscalización política del poder, o lo que es lo mismo, que las actividades públicas estén sometidas a crítica y valoración política institucionalizada. Cuestión que se lleva a cabo, aunque con objetivos diferentes e instrumentos a veces dispares,

tanto por la mayoría parlamentaria como por la oposición a través del «control por» y el «control en» el Parlamento.

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA NOCIÓN DE CONTROL PARLAMENTARIO DE MANUEL ARAGÓN

Resumidas las aportaciones de quienes creemos han hecho mayores esfuerzos teóricos por intentar zanjar el debate concretando cual debe ser el concepto actual de control parlamentario en España, asumimos la definición y los razonamientos formulados por Manuel Aragón, pues los consideramos los más certeros al no vislumbrarse el control parlamentario únicamente desde la lógica clásica de la separación de poderes, sino también desde la división mayoría de Gobierno-oposición inherente a la democracia de partidos actualmente existe.

De este modo, consideramos que mientras controlar significa jurídicamente comprobar, fiscalizar, revisar o examinar la conducta de un sujeto controlado por parte de un sujeto controlante; control parlamentario debe ser conceptualizado como la función constitucional de fiscalización política que se ejerce por y en el Parlamento sobre la acción del Gobierno (y, por extensión, de cualquiera otra entidad pública). Un «control por» que lleva aparejada una obligación de sanción orgánica (léase aprobación o autorización)[24] porque su objetivo es acreditar que no existe desviación entre la voluntad de la mayoría parlamentaria y la acción del gobierno, erigiéndose dicha sanción en garantía del mantenimiento de la cadena ininterrumpida de legitimidad popular inherente a toda democracia parlamentaria e incluyéndose en su interior los procedimientos de responsabilidad política. Y un «control en» que carece de sanción orgánica porque su objetivo es ser una garantía de la democracia de partidos permitiendo que se manifiesten públicamente las diversas voluntades que componen las Cámaras, desarrollándose en el interior de las actividades de las Cortes y ejerciéndose esencialmente por la oposición para influir en la opinión pública frente a la dupla Gobierno-mayoría parlamentaria (aunque también puede ser utilizado por quienes componen la mayoría, sobre todo en épocas de notable fragmentación de las Cámaras).

Dos son los principales caminos que nos permite recorrer esta conceptualización de control parlamentario: la constitucionalización de la oposición política y la conversión del control en una meta-función.

---

[24] Compartimos con Santaolalla que sanción puede consistir no solo en una aprobación, autorización, ratificación o corrección, sino también en una denegación de la actividad controlada. Por ello, la sanción fruto del control por la mayoría parlamentaria puede comportar responsabilidades políticas cuando lo que se hace es denegar la confianza al presidente (cuestión de confianza). Además, no hay que olvidar que la segunda definición que la RAE otorga a sanción es: autorización o aprobación que se da a cualquier acto, uso o costumbre.

4.1. La constitucionalización de la oposición política

Al incluir en la anterior definición a la oposición, esta pasa de ser una simple realidad fáctica para ostentar, como mínimo, un anclaje jurídico-constitucional a través de la función de control al Gobierno del art. 66.2 CE. Lo cual, a su vez, tiene cuatro efectos jurídicos directos.

En primer lugar, se hace imprescindible determinar que debemos entender constitucionalmente por oposición política. Vayamos de lo general a lo particular. En genérico, oposición hace referencia a una minoría que se contrapone a una mayoría que ostenta la capacidad de tomar decisiones. Si le añadimos el adjetivo «política», lo acotamos al ámbito de lo público, describimos a quienes discrepan de las decisiones tomadas exclusivamente por los poderes públicos y el concepto puede ser utilizado ya por la ciencia, la sociología o la antropología política. Ahora bien, para que la definición sea jurídicamente válida, debe hacer aflorar, como mínimo, un sujeto de imputación claramente identificable que nos permita concretar cuándo se adquiere dicha condición, quién forma parte de la misma y hasta cuándo. Recordando que nos movemos dentro del ámbito jurídico-público, lo anterior comporta que la dicotomía mayoría-minoría inherente al concepto oposición solo puede existir en el interior de órganos políticos representativos que permitan determinar de manera fehaciente los apoyos de los que se dispone para seguir ostentando los resortes del poder público. Además, para que la definición sea constitucionalmente precisa, debe tener presente tanto que la monarquía parlamentaria española está basada en una relación fiduciaria entre el Parlamento y el Gobierno como que uno de sus anclajes constitucional es a través de la función de control al Gobierno del art. 66.2 CE. Así pues, todas las anteriores concreciones permiten acabar afirmando que, desde el punto de vista jurídico-constitucional, se entenderá por oposición política aquel conjunto de cargos públicos representativos que se oponen a la existencia de un Gobierno determinado a través de no otorgarle la confianza durante la investidura. Postura que resulta análoga a la de Juan José Ruiz Rico cuando asevera que,

> La oposición en el sistema constitucional español viene definida por la forma de gobierno y la expresión de la confianza parlamentaria en el momento puntual de la investidura. Se establece un nexo objetivo que tiene vocación de permanencia durante la Legislatura ya que, salvo quiebra de la cohesión o de la disciplina de partido en la mayoría gubernamental, el voto de investidura instaura una confianza que solo puede quedar desmentida por una moción de censura o una cuestión de confianza […] En el régimen parlamentario instaurado por la Constitución de 1978 la oposición resulta ser por lo tanto un concepto en negativo que resulta por defecto de no votar la investidura de un presidente del Gobierno o de apoyar una moción de censura o votar contra una cuestión de confianza […] Téngase además en cuenta que la pertenencia a

> la oposición en el sistema parlamentario español se identifica con la adscripción de todo un partido o de un grupo parlamentario. Se trata por tanto en principio de una decisión colectiva que nace de no apoyar la investidura del presidente de Gobierno[25].

En segundo lugar, se hace indispensable la promulgación de un Estatuto de la oposición para regular ese nuevo sujeto del control parlamentario. Mientras que la no incorporación del término en la Constitución Española de 1978[26] hacía que su desarrollo reglamentario o normativo fuera opcional para el Legislador[27], su inclusión ahora en la norma fundamental vía interpretación comporta la necesidad de dotarla de un contenido jurídico sustantivo y autónomo. Sustantivo porque la oposición pasa a ejercer una parte de la función de control al Gobierno, de manera que es perentorio delimitar un marco jurídico específico de prerrogativas y garantías a través de los cuales pueda llevar a cabo dicha tarea constitucionalmente encomendada. Y autónomo porque, como esta función se realiza frente a la dupla mayoría parlamentaria-Gobierno, debe además poder desarrollar su cometido con independencia de la voluntad mayoritaria. Por ello, no son suficientes las prerrogativas y garantías que el ordenamiento jurídico otorga a los cargos públicos representativos y los grupos parlamentarios a través del Estatuto de los parlamentarios, pues el mismo está concebido desde la lógica interorgánica (Gobierno-Parlamento), tiene por objetivo evitar que se distorsione el mandato democrático salido de las urnas (de ahí, por ejemplo, la inviolabilidad, la inmunidad o el aforamiento) y no reconoce ni garantiza para la oposición derechos distintos a los que disfruta la mayoría[28].

---

[25] Juan José Ruiz Rico, «El gran ausente: por un estatuto de la oposición política tres 40 años de constitución», en *Revista de derecho político*, 2018, núm. 101, pp. 282 y 283. A pesar del texto reproducido, dicho académico considera que la oposición política tiene una vertiente parlamentaria y otra extraparlamentaria, de manera que parece distanciarse de nuestras posiciones sobre la definición constitucional de oposición política.

[26] Según Juan José Ruiz Rico, la ausencia del término oposición política en la Constitución Española de 1978 no fue una anomalía, pues el mismo no se generalizaría en los textos constitucionales y reglamentarios hasta tiempo después. Cfr. «El gran ausente: por un estatuto de la oposición política tres 40 años de constitución» …, pp. 277.

[27] Hasta el momento, dicho término no ha sido utilizado a nivel nacional y solo desde 2015 se incluye, aunque sin prácticamente operatividad jurídica, en el art. 77 del reglamento del Parlamento de Cataluña. Sobre esto último, coincidimos con las palabras de Pedro de Vega García: «trasladar la figura inglesa del líder de la oposición a democracia en las que la oposición está formada por un abigarrado conjunto de partidos, además de resultar una operación disfuncional y anómala, representaría una auténtica aberración democrática». Cfr. Pedro de Vega García, «Oposición política», en Aguado Renedo y Aragón Reyes, *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional,* 2011, Thomson Reuters, t. II, p. 231.

[28] Según Juan José Ruiz Rico: «En el sistema parlamentario de la CE, al no reconocerse derechos específicos que sean privativos y distintos de los grupos que ejercen la oposición, existe una igualdad formal de derechos y facultades cuyo ejercicio se gradúa en función de la fuerza numérica de cada grupo, sin que se derive de ello un régimen distinto o particular», Cfr. «El gran ausente: por un estatuto de la oposición política tres 40 años de constitución», p. 285.

En suma, que el control parlamentario se defina ahora teniendo en cuenta tanto la teoría de la separación de poderes como la lógica mayoría de Gobierno-oposición parlamentaria inherente a la democracia de partidos, implica la inclusión de ésta última en la norma fundamental vía interpretación. Lo cual, a su vez, comporta que, junto al estatuto de los parlamentarios, sea perentorio desarrollar un estatuto de la oposición que actúe como garantía normativa de la función de control constitucionalmente asignada. O, lo que es lo mismo, que se le reconozca un régimen particular y diferenciado para evitar que la fuerza numérica de la mayoría impida cualquier tipo de control parlamentario. Con ello no se trata de

> instaurar un derecho a colegislar, o al obstruccionismo, o de atribuir poderes de veto, sino de reorientar la función de la oposición y dotarle de nuevos instrumentos, que pueden ir desde la revisión de las reglas de constitución de grupos parlamentarios, la presidencia de ciertas comisiones, o la creación de la Oficina del Jefe de la oposición, al que se pueden reconocer facultades y derechos, la calendarización de los plenos de control, o la fijación del orden del día […] O, como propone Garrorena, atribuir en exclusiva la solicitud de comparecencias informativas a la oposición, así como la designación de un comisionado de la oposición para determinadas cuestiones[29].

El tercer efecto jurídico directo es que se abre la posibilidad a la creación tanto de procedimientos en los que domine la oposición como de un Estatuto para la mayoría. Que la oposición pase a ostentar una parte de la función de control al Gobierno no solo implica la necesidad de dotarla de un Estatuto que delimite un marco jurídico específico de prerrogativa y garantías, sino que también abre constitucionalmente la posibilidad a crear específicos procedimientos parlamentarios donde sea preeminente sobre la mayoría. Así pues, y como pura hipótesis de trabajo, no parece ilógico que, de crearse tanto ese Estatuto como específicos instrumentos donde la oposición sea preponderante, pueda pensarse también en la necesidad de dotar a la mayoría parlamentaria de un estatuto con prerrogativas exclusivas que persiga, como mínimo, dos objetivos: en contextos de mayorías absolutas garantizar a los parlamentarios que la conforman una cierta independencia (por ejemplo, a través de regular el voto en conciencia) y en contextos de Parlamentos muy fragmentados con gobiernos en minoría hacer más atractiva la idea de formar parte de dicha mayoría.

El cuarto y último efecto jurídico directo de incluir a la oposición dentro del control parlamentario es que, como el art. 23.2 CE es un de-

---

[29] Juan José Ruiz Rico, «El gran ausente: por un estatuto de la oposición política tres 40 años de constitución», pp. 275 y 305 respectivamente. Asimismo, el texto de Ángel Garrorena Morales al que se hace referencia es el siguiente: *Escritos sobre la democracia*, Madrid, CEPC, 2015.

recho de configuración legal, todo derecho que se incluya en el estatuto de la oposición pasa a formar parte del *ius in officium* de los cargos públicos representativos y los grupos parlamentarios que conforman dicha oposición. Así pues, los derechos contenidos en ese estatuto se integran en el art. 23.2 CE y su vulneración podrá ser alegada ante el Tribunal Constitucional ex art. 42 LOTC. De esta forma, el art. 23.2 CE amplía todavía más si cabe su importancia para el parlamentarismo español, porque pasa a proteger vía derecho fundamental la función de control que ejerce la oposición sobre la dupla mayoría parlamentaria-Gobierno.

4.2. La conversión del control parlamentario en una meta-función

Sobre la noción de control parlamentario desarrollada al inicio del presente apartado, Aragón afirma que

> esta labor de fiscalización, que el Parlamento realiza (o debe realizar) de manera ordinaria y cotidiana, y que no tiene por objeto derrotar al Gobierno (pretensión difícil de cumplir) pero sí criticarlo, constituye, sin duda alguna, una de las dimensiones más importantes del control parlamentario. Entendiéndolo así, el control parlamentario ni siquiera se circunscribe a unos determinados procedimientos, sino que puede operar a través de todas las funciones que desempeñan las Cámaras. No sólo, pues, en las preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación, control de normas legislativas del Gobierno (instrumentos más característicos del control) se realiza la función fiscalizadora, sino también en el procedimiento legislativo (crítica al proyecto presentado, defensa de enmiendas, etc.), en los actos de aprobación o autorización, de nombramiento o elección de personas y, en general, en la total actividad parlamentaria. En todos esos casos hay (o debe haber) debate y, en consecuencia, en todos hay (o puede haber) control parlamentario[30].

Al contrario de algunas interpretaciones, pensamos que del razonamiento de Aragón ni se deduce que los procedimientos de control parlamentario dejen de existir ni que todos los procedimientos parlamentarios sean en realidad de control, pues lo anterior debe ser comprendido en el marco de la bicefalia que florece tras la inclusión de la oposición como sujeto de ese mandato constitucional.

Si concebimos el control parlamentario como la función constitucional de fiscalización política que se ejerce por y en el Parlamento, estamos implícitamente asumiendo una doble realidad. Una de naturaleza clásica basada en la división de poderes donde el «control por» lleva aparejado siempre una sanción de la Cámara, se desarrolla a través de unos específicos procedimientos y tiene por objetivo acreditar que no existe desviación entre la voluntad popular representada por la mayoría

[30] Manuel Aragón Reyes, «Democracia y Parlamento», pp. 146-147.

parlamentaria y la acción de gobierno[31]. Y otra realidad de naturaleza más moderna asentada en la democracia de partidos donde el «control en» es ejercido esencialmente por la oposición frente a la dupla mayoría parlamentaria-Gobierno, que no conlleva aparejada sanción orgánica alguna y que se desarrolla en el interior de los procedimientos de las Cámaras. Siendo precisamente esta segunda realidad la que comporta que el control parlamentario pase a comprenderse como una meta-función que se expande a la práctica totalidad de procedimientos parlamentarios (menos al de carácter legislativo)[32]. De lo anterior pueden extraerse tres máximas independientes pero concatenadas: toda actividad en las Cámaras puede entrañar «control en» el parlamento; todo «control en» el Parlamento no tiene por qué derivar en un «control por» el Parlamento; y siempre que exista «control por» el Parlamento también habrá «control en» el Parlamento.

Así pues, la idea del control como meta-función que aquí se defiende difiere de la de control como función superior que desarrolla Santiago González Fernández, pues aquí no se aboga por que las distintas funciones parlamentarias estén, en realidad, al servicio del control, sino que se defiende la posibilidad de mantener la pluralidad de funciones que el Parlamento posee y, a su vez, permitir que en el interior de cada una de ellas la oposición pueda ejercer un continuo control a la dupla Gobierno-mayoría parlamentaria[33].

Asimismo, esta segunda dimensión del control que lo acaba configurando como una meta-función tiene dos consecuencias. Por un lado, implica la necesidad de revisar todos los procedimientos parlamentarios

---

[31] Algunos ejemplos de ello serían el control de los decretos legislativos y decretos-ley, la autorización de celebración de referéndums, la cuestión de confianza, la moción de censura o la declaración de los estados excepcionales.

[32] Similar opinión puede encontrarse en Roberto L. Blanco Valdés, «Control parlamentario, oposición política y alternancia en el estado de partidos (una reflexión a partir de la experiencia española)», en Monreal Ferrer (ed.), *La división de poderes: el gobierno*, ICPS, 2000, p. 45; Juan Luís Requejo, «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes», en *Revista española de derecho constitucional*, 2004, núm. 70, pp. 84-85; y Óscar Sánchez Muñoz, «La articulación del control parlamentario y del control político-electoral a través de la noción de responsabilidad política difusa», en *Problemas actuales del control parlamentario: VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 640.

[33] En cambio, al parecer de Santiago González, «esa superioridad del control viene a significar que el ejercicio de las distintas facultades y potestades que constitucionalmente se reconocen al Parlamento deben estar al servicio del control, esto es, cumpliendo sus fines instrumentales, estar ordenadas a la superior finalidad de procurar el efectivo control del gobierno. La aprobación de una ley o de un presupuesto, la convalidación de un decreto-ley, la autorización para un tratado internacional o el nombramiento de cargos, las preguntas, las interpelaciones y solicitudes de información no adquieren su justificación en el perfeccionamiento de su finalidad inmediata, sino en la consecución del fin superior al que todas ellas se deben, el control político parlamentario de la función de gobierno». Cfr. *El control como función primordial del Parlamento en la era de la Gobernanza*…, p. 293. A nuestro parecer, dicho argumento no es correcto, pues de él se desprende que, por ejemplo, la finalidad del procedimiento legislativo no debería ser hacer una ley, sino controlar al gobierno.

para corroborar que, sin eliminar ni supeditar su función tradicional, la oposición puede desarrollar a su través la tarea de control parlamentario constitucionalmente encomendada. Y, por el otro, se hace necesario que dicha revisión se dote previamente de unos principios que sirvan de pauta para, precisamente, determinar si en cada uno de los procedimientos la oposición está pudiendo desempeñar su función con eficacia y, de no ser así, servir de orientación para su reforma.

5. CONCLUSIONES

En el régimen parlamentario de gobierno, el Parlamento no es un eslabón más de la cadena democrática de legitimaciones que puede ocupar diferentes posiciones, sino que debe situarse y percibirse siempre como el centro de gravitación de este. Aunque parezca contradictorio, ello implica un reformismo constante basado en un objetivo invariable: que el ser no diste mucho del deber ser. Sin embargo, el Parlamento ha ido gradualmente cediendo al Gobierno esa posición central que debería mantener en el interior del sistema político español. Razón por la cual se hace cada vez más necesario esbozar nuevos caminos y diseñar alternativas para que, con renovadas premisas teóricas y modernizadas funciones prácticas, el Parlamento vuelva a ser el eje alrededor del cual orbitan el conjunto de actores e instituciones políticas en España.

Junto al convencimiento de que la institución parlamentaria ni puede ni debe renunciar a ninguna de las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas, tenemos la convicción de que, en esta fase histórica del desarrollo de la vida política democrática española, es con la función de control con la que podemos trabajar con mayor profusión para recuperar su centralidad perdida (aunque no la única)[34]. Por ello, realizado el análisis de las principales teorías que sobre la noción de control parlamentario se han desarrollado en España, hemos asumido como la más idónea a nuestros efectos la de Manuel Aragón. Es decir, compartiendo la idea de que, jurídicamente, controlar significa comprobar, fiscalizar, revisar o examinar por parte del sujeto controlante la conducta del sujeto controlado, mientras que control parlamentario debe ser conceptualizado como la función constitucional de fiscalización política que se ejerce por y en el Parlamento sobre la acción del Gobierno (y, por extensión, de cualquiera otra entidad pública). Un «control por» que lleva aparejada una obligación de sanción orgánica (léase aprobación o autorización) porque su objetivo es acreditar que no existe desviación entre la voluntad de la mayoría parlamentaria y la acción del gobierno, erigiéndose dicha sanción en garantía del mantenimiento de la cadena ininterrumpida de legitimidad popular in-

[34] Piénsese, por ejemplo, en las nuevas funciones de estudio y prospección que se le quieren atribuir.

herente a toda democracia parlamentaria e incluyéndose en su interior los procedimientos de responsabilidad política. Y un «control en» que carece de sanción orgánica porque su objetivo es ser una garantía de la democracia de partidos permitiendo que se manifiesten públicamente las diversas voluntades que componen las Cámaras, desarrollándose en el interior de las actividades de las Cortes y ejerciéndose esencialmente por la oposición para influir en la opinión pública frente a la dupla Gobierno-mayoría parlamentaria (aunque también puede ser utilizado por quienes componen la mayoría, sobre todo en épocas de notable fragmentación de las Cámaras).

La asunción de esta definición de control parlamentario nos permite transitar dos caminos diferentes: constitucionalizar la oposición parlamentaria y configurar el control como una meta función. Lo primero, a su vez, comporta la necesidad de delimitar el concepto de oposición política desde el punto de vista constitucional, conlleva dotar de un contenido jurídico sustantivo y autónomo a la oposición a través de un Estatuto que se erija en su garantía normativa, abre la posibilidad a la creación tanto de procedimientos en los que domine la oposición como de un Estatuto para la mayoría y, por último, comporta proteger los derechos establecidos en el estatuto de la oposición a través del art. 23.2CE. En cambio, lo segundo comporta la necesidad de revisar todos los procedimientos parlamentarios para confirmar que la oposición puede desarrollar a su través la tarea de control constitucionalmente encomendado e implica fijar previamente unos principios jurídicos que conformen las bases analíticas tanto de esa investigación como de las posibles propuestas de reforma.

En resumidas cuentas, fruto de los múltiples cambios políticos y sociales que se han ido produciendo a lo largo de estos cuarenta años de democracia en España, es conveniente recorrer un camino teórico y práctico tendente a devolver al Parlamento su centralidad perdida. Para ayudar a conseguirlo, la función de control parlamentario definida de manera amplia nos ofrece un triple camino que sería útil recorrer en paralelo. Primero, crear un Estatuto de la oposición. Segundo, instaurar procedimientos en los que domine la oposición y un Estatuto para la mayoría. Y tercero, desarrollar unos principios que sirvan de pauta para analizar si la oposición puede desempeñar su función de control con eficacia en cada procedimiento parlamentario y para orientar las posibles reformas.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M., «El control parlamentario como control político», *Revista de derecho político*, 23, 1986, p. 28.

— «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 19, enero-abril 1987, pp. 16-17.

— «La función del Gobierno y la función de las Cámaras. El significado actual del control parlamentario» e «Información parlamentaria y función de control», en VV.AA., *Instrumentos de información de las Cámaras parlamentarias*, Madrid, CEC, 1995.
— «Democracia y Parlamento», *Revista catalana de Dret públic,* 37, 2008, pp. 129-155.
— «Control parlamentario», en C. A. Renedo y M. A. Reyes (eds), *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional,* t. II, Thomson Reuters, 2011, pp. 236-240.
Blanco Valdés, R.L., «Control parlamentario, oposición política y alternancia en el estado de partidos (una reflexión a partir de la experiencia española)», en A. M. Ferrer (ed.), *La división de poderes: el gobierno*, ICPS, 2000, p. 45.
Chimenti, C., *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milan, Giuffré Editore, 1974, p. 258.
de Miguel Bárcena, J., «Tiempo y Constitución: conceptos y metodología», en J. F. Sebastián y J. T Tejada (dirs.), *Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 33-74.
de Vega García, P., «Oposición política», en C. A Renedo y M. A Reyes, *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional,* tomo II, Thomson Reuters, 2011, p. 231.
Fernández Cañueto, D., *Representación política y constitución española*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
García Morillo, J., *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985.
— «El Parlamento ante las nuevas realidades», *Corts: Anuario de derecho parlamentario,* 4, 1997, p. 156.
García Roca, J., «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 37, julio-diciembre 2017, p. 7.
Garrorena Morales, Á., *Escritos sobre la democracia*, Madrid, CEPC, 2015.
González Fernández, S., *El control como función primordial del Parlamento en la era de la Gobernanza*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2020.
Luís Requejo, J., «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes», *Revista española de derecho constitucional*, 70, 2004, pp. 84-85.
Martínez Vázquez, F., «Repertorio bibliográfico sobre control parlamentario», en *Teoría y Realidad Constitucional,* 19, 2007, pp. 415-439.
Montero Gibert, J. R, y García Morillo, J., *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984.
Paniagua, J.L., «Sobre la forma de gobierno parlamentario en España: Un parlamentarismo racionalizado de corte presidencial», *Seminario internacional sobre el parlamentarismo europeo y el presidencialismo latinoamericano cara a cara*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2010, p. 8.
Pierre-Caps, S., «La revisión constitucional francesa de 2008 o el cambio en la continuidad», *Teoría y Realidad Constitucional,* 29, 2012, pp. 91-130.
Rubio Llorente, F., «El control parlamentario», *Revista Parlamentaria de Habla Hispana,* 1, 1985.

Ruiz Rico, J.J., «El gran ausente: por un estatuto de la oposición política tres 40 años de constitución», *Revista de derecho político*, 101, 2018, pp. 282 y 283

Sánchez de Dios, M., «La actividad de las Cortes Generales entre 1979 y 2000 desde la perspectiva del gobierno de partido», *Política y Sociedad,* 42 (1), 2005, p. 229.

Sánchez Muñoz, Ó., «La articulación del control parlamentario y del control político-electoral a través de la noción de responsabilidad política difusa», *Problemas actuales del control parlamentario: VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 640.

Sánchez Navarro, A. J., «Control parlamentario y minorías», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 88, abril-junio 1995, p. 223.

Santaolalla López, F., *El Parlamento y sus instrumentos de información*, Edersa, 1982.

— «La función de control y la ciencia del derecho constitucional», *Revista de las Cortes Generales,* 12, 1987.

— *Derecho parlamentario español*, Madrid, Dykinson, 2019.

Tudela Aranda, J., «Una reflexión crítica sobre el presente del Parlamento desde una Cámara autonómica», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 9, 2000, p. 221.

— «Reflexiones sobre la renovación del Parlamento», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 17, 2006, p. 408.

— «La renovación de la función parlamentaria de control», *Teoría y Realidad Constitucional, 19,* 2007, p. 78.

CAPÍTULO IV

EL GOBIERNO LEGISLADOR. ¿UNA RESPUESTA A LA DEBILIDAD DEL PARLAMENTO?

Esther Martín Núñez
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya unos años estamos asistiendo a un aumento progresivo del uso del decreto-ley, incluso un incremento exponencial de esta figura en las últimas legislaturas que representa, también, un auge del Ejecutivo, en detrimento del Parlamento. En la actual legislatura (2019-2023) se han producido circunstancias excepcionales (la pandemia, el volcán de la Palma o la crisis económica derivada de la guerra de Ucrania) que han propiciado que el Gobierno asumiera temporalmente, una cierta dosis de poderes extraordinarios, hecho que hubiera requerido que el control del Parlamento sobre el ejecutivo fuera más importante todavía[1].

En las siguientes líneas vamos a apuntar algunas de las causas que lo han motivado y sus consecuencias o impactos en el sistema de fuentes, ya que el uso del decreto-ley ha llegado a sustituir a la iniciativa

[1] La finalización de la pandemia ha comportado un descenso en el número de decretos leyes, aunque su número total sigue siendo «el sexto más elevado de los últimos 40 años» y casi duplica la media de este periodo pese a que esta figura «se reserva a casos de extraordinaria y urgente necesidad». *Vid*., *1er Informe sobre la situación del Estado de Derecho en España (2018-2021),* Fundación Hay Derecho, noviembre 2022.

legislativa ordinaria como instrumento preferente del Gobierno para legislar, para finalizar con algunas propuestas que pudieran evitar este recurso, en muchas ocasiones injustificado, a los decretos leyes.

El decreto-ley es una fuente *extraordinaria* del ordenamiento porque altera el reparto de funciones normativas entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. A pesar de que su uso se vincula a circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, se ha convertido en una forma prácticamente habitual de legislar, quedando el Congreso relegado a ser un mero ratificador de la normativa gubernamental a través de su convalidación, lo que supone una alteración palpable del sistema parlamentario de nuestro ordenamiento constitucional.

Como es propio de una democracia parlamentaria, son las Cortes Generales las que representan a los ciudadanos españoles y ejercen la potestad legislativa del Estado, siendo por ello la ley parlamentaria la norma que representa la emanación de la voluntad popular. Así lo afirma el preámbulo de nuestra Constitución y así lo determinan sus arts. 1 y 66. Debería, pues, resultar evidente que la potestad que el art. 86 CE atribuye al Gobierno para dictar normas con fuerza de ley se inserta en este diseño como excepción, y de ningún modo erige al poder ejecutivo en colegislador en pie de igualdad con los representantes democráticamente elegidos por el pueblo. En la redacción del art. 86 CE[2] hay un reconocimiento expreso de la doble voluntad de los constituyentes: por una parte, dotar al poder ejecutivo de funciones legislativas necesarias y, generalmente aceptadas en los sistemas parlamentarios contemporáneos y, junto a ello, limitar su uso, en virtud de su carácter extraordinario, en cuanto difiere radicalmente de los modos ordinarios de expresión de la voluntad colectiva. La Constitución aúna, de este modo, reconocimiento y restricción[3]. Y desde esa mirada debe ser enjuiciado el ejercicio que realizan los ejecutivos, abogando por una interpretación restrictiva que debe encontrar su razón de ser en la necesidad de preservar la posición central constitucional de las Cortes Generales. Por ello, el uso notoriamente desmedido y en ocasiones fraudulento de la figura del decreto-ley comporta un grave desequilibrio de la arquitectura constitucional, dejando en entredicho la propia noción de democracia parlamentaria. Al Tribunal Constitucional le correspondería realizar un control externo que actúe de contrapeso al juicio político que se corresponde efectuar al Gobierno y al Congreso, con la finalidad de evitar o paliar con su actuación política las consecuencias de una grave crisis.

---

[2] I. Astarloa Huarte-Mendicoa calificó el proceso de elaboración de este precepto «significativamente pacífico» por lo que este instrumento normativo fue «una de las instituciones menos debatidas de cara a su integración definitiva en la norma básica de 1978», en: «Teoría y Práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985, p. 97.

[3] I. Astarloa Huarte-Mendicoa, «Teoría y Práctica del Decreto-Ley…», *op. cit.*, p. 102.

Pero la realidad ha sido otra, y la utilización abusiva y sin medida del uso de los decretos leyes se ha convertido en una forma ordinaria de legislar, transformando al ejecutivo en un *legislador alternativo*[4], debilitando a la ley y alejando al Parlamento de la centralidad funcional que le confiere la Constitución[5]. Estas deficiencias y disfunciones acumuladas durante años han sido avaladas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que ha propiciado no solo un aumento de decretos leyes, sino incluso su perversión y una disminución constante de la actividad legislativa del Parlamento, o lo que es lo mismo, un fracaso en el ejercicio de sus funciones[6]. Aragón señala que estamos ante «un gran problema muy necesitado de urgente solución […] que ha llegado a un extremo de gravedad que nuestro ordenamiento no puede soportar»[7]. El decreto-ley tiene rango de ley, pero carece de la naturaleza jurídica de la ley, por ello, su abuso, afecta directamente al sistema de fuentes.

2. UNA POTESTAD CONSTITUCIONAL ASIGNADA AL GOBIERNO, PERO EXCEPCIONAL

La potestad de elaborar decretos leyes es un poder jurídicamente atribuido al ejecutivo, pero no se trata de un poder *propio* del Gobierno, sino que excepcionalmente, este órgano asume potestades que originalmente corresponden al Parlamento, por lo que solo actúa en virtud de la situación de urgente necesidad. García de Enterría afirmó que «se entiende por decreto-ley toda norma con rango de ley que emana, por vía de excepción, de un órgano que no tiene el poder legislativo, concretamente del Gobierno o Consejo de ministros»[8].

Tur Ausina expone una tesis en la que se diferencia potestad de función teniendo en cuenta la división de poderes desde una perspectiva jurídica. Entiende la función legislativa como la actividad del Estado

---

[4] J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo,* Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1988, pp. 628-629.

[5] Como «Parlamento débil» lo describe I. Astarloa Huarte-Mendicoa, «Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 11, 2017, pp. 415-430. A las mismas conclusiones llegan, entre otros, M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, 2016; R. Tur Ausina, *El control parlamentario de los decretos leyes,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; R. Martin Rebollo, «Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico)», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 174, 2015; pp. 23-92, y A. M. Carmona Contreras, «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.

[6] J. Tudela, «Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento», en *Cuadernos constitucionales*, núm. 2, 2021, pp. 95-119

[7] M. Aragón Reyes, *Uso y abuso…, op. cit*. Nota Preliminar.

[8] E. García de Enterría, T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1980, p. 142.

de producción de normas con rango de ley, comprensiva de las distintas potestades establecidas que se atribuyen a los distintos poderes: «De este modo se observa la existencia de una potestad genérica dentro de dicha función legislativa […] que es la que corresponde a las Cortes (art. 66.2 CE), pero junto a ella, también potestades restringidas como las de los arts. 82 a 85 (decretos legislativos) y la del 86 (decretos leyes) que corresponderían al gobierno por atribución expresa de la Constitución»[9].

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no permite afirmar con certeza que este haya adoptado unívocamente la tesis apuntada. Si bien en la STC 29/1982 se expresa que las Cortes «son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario» y que el «gobierno podrá dictar normas con rango de ley», esta posibilidad se configura como una «excepción al procedimiento ordinario» (FJ 3). En la STC 29/1986 se matiza ya el carácter excepcional y se acepta la licitud constitucional de estas normas «mientras se respeten los límites del art. 86 de la Constitución, […] en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados por la gobernación del país…» (FJ 2A). Y, después, en la STC 182/1997 se vuelve a afirmar el carácter excepcional de la habilitación del art. 86.1 pues «supone la sustitución del Parlamento por el Gobierno, [por lo que] constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que este dispensa y como tal sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en dicho precepto que lo legitime» (FJ 3). Finalmente, en la sentencia 110/2021, que resuelve el recurso contra el Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del covid-19, se afirma que «tal potestad legislativa excepcional [permite] rechazar la definición que los órganos políticos del Estado hagan de una situación determinada como de «extraordinaria y urgente necesidad»; y declarar, en consecuencia, la inconstitucionalidad de un decreto-ley, o de unas u otras de sus normas, por inexistencia del necesario presupuesto habilitante. A falta del cual, la potestad legislativa de las Cortes Generales (art. 66.2 CE) resultaría invadida y menoscabada, al tiempo que la posición de las minorías en el procedimiento parlamentario de elaboración de las leyes» (FJ 4). Se observa así, en general, una deferencia hacia el Gobierno que había ido limitándose en los últimos años.

Por ello, no podemos más que compartir la consideración que realiza Aragón, para quien la excepcionalidad del decreto-ley no se refiere a la situación a regular, sino que se predica de la norma, que solo «excepcional y extraordinariamente debe usarse para legislar»[10], pues supone una alteración de la distribución de funciones entre ejecutivo y

[9] R. Tur Ausina, «El control parlamentario de los Decretos-leyes», *op. cit*., p. 45.
[10] M. Aragón, *Uso y abuso del decreto-ley. op. cit.,* pp. 80 y ss.

legislativo. Ello conduce a reforzar el control sobre el decreto-ley, por parte del Congreso y especialmente, por parte del Tribunal Constitucional con una modificación de su doctrina permisiva en relación con esta figura normativa[11].

3. CAUSAS DEL ABUSO DEL DECRETO-LEY: FRAGMENTACIÓN DEL PARLAMENTO Y GOBIERNOS MINORITARIOS

Ante situaciones de crisis o de urgencia se espera, y el ordenamiento lo permite, que el ejecutivo reaccione con la mayor celeridad, haciendo un uso responsable de los mecanismos disponibles, en colaboración con el legislativo. Uno de los requisitos que habilita la aprobación de decretos-leyes es que el tiempo que se requeriría para la adopción de esas medias a través del procedimiento legislativo resultaría demasiado largo para dar respuesta a esa situación de urgente necesidad. Así, una de las causas por las que el Gobierno recurre al decreto-ley pudiera ser la excesiva duración del procedimiento legislativo ordinario, aún en sus especialidades más abreviadas, y con los *privilegios* de los proyectos de ley: prioridad en su tramitación, exención del trámite de toma en consideración por el Pleno de la Cámara; aspectos todos ellos que facilitan su andadura parlamentaria.

En este sentido, las razones que han provocado ese aumento del uso de los decretos leyes se encuentran, según Montilla, en el «desacople del procedimiento legislativo», demasiado lento para una sociedad que reclama actuaciones inmediatas[12]. También Tudela considera que es necesario «adaptar la forma de elaboración, estructura y lenguaje de las leyes tradicionales, al nuevo contexto social, económico y tecnológico», para evitar que el decreto-ley sea «la respuesta que se encuentra a las objetivas dificultades que plantea el ejercicio natural de su iniciativa legislativa»[13].

Pero el progresivo aumento en la aprobación de decretos-leyes se detecta, no solo en términos absolutos, es decir, la cantidad de decretos leyes aprobados, sino también en términos relativos, esto es, los decretos leyes aprobados en relación con el número de normas con rango de ley aprobadas por el Parlamento[14].

---

[11] J. Tudela, «Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento»; *Cuadernos constitucionales,* núm. 2, 2021, pp. 99-101.

[12] J. A. Montilla, «Parlamentarismo en España: algunas revisiones necesarias», en *REDCE*, núm. 38, julio diciembre 2022, p. 5.

[13] J. Tudela, «El Parlamento en tiempos críticos», *Cortes: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 33, 2020, pp. 21-48

[14] Hasta la X Legislatura, el peso relativo de los decretos leyes se sitúa alrededor del 23 por 100 respecto al conjunto de normas con rango de ley aprobadas. Un análisis cuantitativo

Según el estudio realizado por Echegaray[15], durante la etapa de crisis fiscal (2008-2015) los decretos leyes llegaron a representar el 56 por 100 de las leyes ordinarias. Este dato se agudiza en los años posteriores y especialmente en las últimas legislaturas, en la que, si bien es cierto que han concurrido circunstancias excepcionales, se han aprobado 116 leyes parlamentarias y se han convalidado 97 decretos leyes, y aunque más de la mitad se han tramitado como proyectos de ley (55)[16] no todos se han convertido en leyes. Esta situación relega el Parlamento a un papel pasivo y secundario y, en consecuencia, también a su producto normativo, la ley, en detrimento de la calidad democrática del Estado.

Tudela también sitúa la expansión del decreto-ley en la crisis económica del 2008, señalando que la verdadera transformación de su rol constitucional sucede en el marco del Parlamento fragmentado y, más en concreto, con la sucesión de gobiernos sin una mayoría parlamentaria estable[17], por lo que pasa a ser un instrumento del gobierno para evadir su debilidad en el Parlamento[18]. Montilla, por su parte, considera que un Parlamento fragmentado genera una mayor complejidad pero que, en ese marco, es más fácil tramitar una ley que convalidar un decreto-ley[19]. Por lo que el abuso del decreto-ley ante situaciones de debilidad parlamentaria se debería a otras causas.

Si se analiza la relación del uso del decreto-ley con el tipo de gobierno que cuenta con una mayoría parlamentaria absoluta, pudiera pensarse que no se requiere recurrir tan asiduamente al decreto-ley, cuando muchas de esas normas pueden ser tramitadas sin inconvenientes a través del procedimiento legislativo. Es decir, que gobiernos fuertes que cuentan con una amplia y disciplinada mayoría parlamentaria, como ocurre en España, tenderían a aprobar menos decretos-leyes y, por el contrario, los gobiernos débiles tenderían a gobernar a través del decreto-ley por no contar con las mayorías suficientes para sacar adelante tales medidas por el procedimiento legislativo.

---

puede consultarse en M. S. Echegaray, *El incremento de la legislación de urgencia. Causas, control y propuestas*, Tesis doctoral, 2017; y en R. Sanz Gómez y S. Sanz Gómez, «Análisis cuantitativo del uso del decreto-ley en España (1979-2018)», *Revista de Estudios Políticos*, 188, 2020, pp. 127-158.

[15] M. S. Echegaray, *El incremento…, op cit.,* p. 301.

[16] En el año 2019, se aprobó un único decreto-ley que fue convalidado, pero no se acordó su tramitación como proyecto de ley. En el año 2020, de los 39 aprobados, 26 se tramitaron como proyectos de ley; en el año 2021, 32 aprobados y 17 tramitados como proyectos de ley, y en el año pasado, 20 decretos leyes aprobados y 9 tramitados como proyectos de ley; y 4 en lo que llevamos del año 2023. Estos datos han sido obtenidos del buscador de iniciativas de la web del Congreso de los Diputados, *http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas* (última consulta el 23 de mayo de 2023).

[17] J. Tudela, «Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento», *Cuadernos constitucionales,* núm. 2, 2021, pp. 99-101.

[18] J. Tudela, «El Parlamento en tiempos críticos», *Cortes: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 33, 2020, pp. 21-48.

[19] J. A. Montilla, «Parlamentarismo en España...*», op. cit.*, pp. 10-11.

Si observamos los datos de la tabla adjunta, relacionándolos con el tipo de gobierno, podemos ver que, en los gobiernos mayoritarios, se produce una disminución de la aprobación de decretos leyes, con la excepción de la X Legislatura —en la que se llegaron a aprobar 75 decretos leyes— y aumenta en aquellos en los que el número de escaños del grupo mayoritario desciende. Este dato podría indicar que los gobiernos fuertes aprovechan más su iniciativa legislativa y se decantan menos por la vía excepcional del decreto-ley. Los gobiernos en minoría, por el contrario, tienden a hacer un mayor uso de este instrumento. Por eso, en un sistema parlamentario en el que el Gobierno debe apoyarse en una mayoría parlamentaria estable, cuando no la tiene, busca, como señala Tudela «evitar al Parlamento» [20], realizando una utilización excesiva de la denominada legislación de urgencia, lo que genera la *normalidad* del decreto-ley, hasta el punto de protagonizar la función legislativa del Parlamento, lo cual supone una patología en nuestra arquitectura constitucional[21]. Patología que se traslada también a aquellas comunidades autónomas que han incorporado el decreto-ley en sus estatutos.

[20] J. Tudela, «Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento», *Cuadernos constitucionales,* núm. 2, 2021, p. 99.

[21] En el siguiente cuadro puede observarse que en aquellas comunidades que han incorporado la figura del decreto ley en su estatuto se reproduce también la invasión del ejecutivo en la función legislativa.

Comunidad Autónoma	Decretos leyes			Leyes
	Decretos Leyes	Tramitados PL	No convalidados	
Andalucía	145	0	1	108
Aragón	66	6	0	166
Canarias	62	4	0	58
Castilla y León	36	3	0	145
Cataluña	176	6	9	234
Valencia	110	8	0	195
Extremadura	41	4	0	102
Illes Balears	84	20	1	166
Navarra	31	3	1	322
Región de Murcia	38	4	4	133

Legislatura	Período	Gobierno	Tipo mayoría parlamentaria	Decretos Ley		Leyes
				Convalidados	Tramitados PL	
XV	2023-actual	PSOE-UP	Simple	3	1	0
XIV	2019-2023	PSOE-UP	Simple	97	51	116
XIII	2019-2019	Legislatura fallida				
XII	Junio 2018-2019	PSOE	Simple	35	20	22
	2016-junio 2018	PP	Simple	30	6	17
XI	2016-2016	Legislatura fallida				
X	2011-2015	PP	Absoluta	75	18	169
IX	2008-2011	PSOE	Relativa	57	11	141
VIII	2004-2008	PSOE	Relativa	52	5	166
VII	2000-2004	PP	Absoluta	43	9	201
VI	1996-2000	PP	Relativa	78	19	203
V	1993-1996	PSOE	Relativa	34	10	147
IV	1989-1993	PSOE	Absoluta	24	9	135
III	1986-1989	PSOE	Absoluta	17	2	126
II	1982-1986	PSOE	Absoluta	43	11	207
I	1979-1982	UCD	Relativa	71	33	260

Por otro lado, esta progresión en la aprobación de decretos-leyes no va acompañada de un aumento de capacidad legislativa del Gobierno a través del ejercicio de su iniciativa legislativa o del impulso de procedimientos legislativos abreviados, por lo que el tiempo que requiere y demora el procedimiento legislativo no sería la causa que obligara al Gobierno a utilizar la vía del decreto-ley. Es más, en alguna ocasión hemos visto también como el Gobierno evita hacer uso de su capacidad para aprobar anteproyectos de ley, que requieren informes de los órganos consultivos (CGPJ, Consejo de Estado o Consejo Económico y Social), trasladando su actuación a través de una proposición de ley presentada por el grupo o grupos que apoyan al Gobierno. Recordemos que los decretos leyes no requieren tampoco el trámite los informes de los órganos consultivos, ni consultas a los ciudadanos.

4. IMPACTO Y CONSECUENCIAS DEL ABUSO DEL DECRETO-LEY: UNA DEFECTUOSA CALIDAD NORMATIVA, UNA AFECTACIÓN AL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LAS MINORÍAS Y UNA DESLEGITIMACIÓN DE LA LEY Y DEL PROPIO PARLAMENTO

El aumento progresivo del uso del decreto-ley ha llegado a marginar a la ley parlamentaria, aspecto que incide directamente en el propio sistema de fuentes y en las funciones del parlamento. El uso abusivo del decreto-ley representa una sustitución y desvalorización de la ley parlamentaria como norma que expresa el resultado de una discusión entre las diferentes formaciones políticas. Se normaliza el recurso a lo excepcional, en detrimento justamente del debate y la participación de las minorías en la elaboración de la norma que ocupa la posición de primacía en nuestro ordenamiento jurídico. Si las leyes singulares, leyes de destinatario concreto o leyes acto no pueden considerarse, como ha dicho el Tribunal Constitucional, un «ejercicio normal de la potestad legislativa» (STC 203/2013, FJ 2), menos aún en el caso de la legislación de urgencia.

Junto a este dato, hay otro que incide directamente en la calidad normativa de algunas de estas normas. Algunos decretos leyes incorporan en sus previsiones la modificación de un gran número de normas, muchas sin conexión entre ellas, lo cual dificulta su control parlamentario, en la medida en que se aprueban o rechazan distintas normas en bloque, debilitando las posibilidades de debate y participación de los parlamentarios sobre los múltiples y diferentes aspectos que se abordan. Por poner solo algunos ejemplos: el RDL 8/2014, modificaba más de 30 leyes que abarcaban desde la legislación laboral y tributaria hasta el cine, pasando por la conmemoración de la primera exposición de Picasso; o el reciente RDL 6/2022, que en la misma línea modifica legislación administrativa, homologación de títulos, medidas fiscales y así hasta un total de 38 normas, algunas de carácter reglamentario; o el más reciente el Real Decreto-Ley 7/2023, de 19 de diciembre, que establecía la entrada en vigor para algunas de sus medidas el 1 de junio de 2024, es decir, más de seis meses después.

Este abuso del decreto-ley desapodera al Parlamento en el ejercicio de su función legislativa: se trata de una norma que nace íntegramente en el seno del poder ejecutivo, que no solo priva al Senado de la participación de su convalidación, sino que, además, en esa intervención unicameral del Congreso se impide a los parlamentarios presentar enmiendas, propuestas de mejora o modificaciones[22]. La norma así apro-

[22] Ello es aún más patente en el caso de los decretos leyes autonómicos. La inclusión de esta figura normativa en 10 Comunidades Autónomas, con unos parlamentos unicamerales do-

bada no puede tener la misma legitimidad democrática que las leyes, el mismo *valor y fuerza* que la ley, porque son normas que no han sido debatidas públicamente y con las diferentes formaciones políticas. Un caso ciertamente patológico ha sido apuntado por Astarloa[23], en relación con la tramitación del Decreto-ley 12/2019, de medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Thomas Cook, convalidado por la Diputación Permanente del Congreso y trasladado como proyecto de ley a la Diputación del Senado.

La Constitución supedita la elaboración de decretos leyes a la concurrencia de una serie de requisitos formales y materiales: uno formal, la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad, cuya apreciación queda en manos del propio Gobierno; y otro material, la prohibición de regular determinadas materias. Asimismo, la previsión constitucional prevé un condicionante más, el sometimiento de la legislación de urgencia a un mecanismo de control parlamentario al exigir que sea inmediatamente sometida a debate y votación de totalidad en el Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días desde su promulgación; plazo en el que, dada su condición de norma provisional, la Cámara baja deberá pronunciarse sobre su convalidación o derogación.

Veamos, brevemente qué sucede en la práctica con cada uno de estos elementos.

4.1. La indefinición de la extraordinaria y urgente necesidad

El supuesto *extraordinaria y urgente necesidad* es un concepto esencialmente elástico y, por lo mismo, difícil de gestionar en clave de control. El Tribunal Constitucional condiciona la justificación de la legislación de urgencia a la necesidad de una acción legislativa inmediata (STC 111/1983, FJ6)[24] y a la insuficiencia del cauce del procedimiento legislativo para resolver la necesidad concreta.

---

tados de procedimientos legislativos de lectura única y de urgencia, que permitirían reaccionar con rapidez sin dilatar en el tiempo la adopción de las medidas necesarias para hacer frente a una situación urgente, indican también la tendencia a reforzar a los ejecutivos en detrimento de la ley parlamentaria. Pero en este ámbito, la repercusión puede ser todavía superior porque impide a las minorías de dichos Parlamentos impugnarlos ante el Tribunal Constitucional.

[23] I. Astarloa-Huarte, «La institución parlamentaria en un tiempo inquietante», en Iglesias Chamorro, A. (coord.), *El Parlamento a debate en un tiempo nuevo*, Fundación Gimenez Abad, Obras colectivas, 2023, núm. 26, pp. 44-45

[24] La STC 237/2012, FJ 6, razonó que «no debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma. Solo aquella es un requisito ínsito en la definición constitucional del decreto-ley establecida en el art. 86.1 CE… en tanto que la celeridad de la completa ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas en cada decreto-ley para hacer frente a la situación de urgencia».

La urgencia es el elemento principal del presupuesto habilitante, y exige que «la situación a la que se hace frente mediante un decreto-ley no pueda ser afrontada tempestiva y eficazmente por los procedimientos legislativos ordinarios»[25]. Es decir que, lo que se tendrá en cuenta para identificar la urgencia, es si el tiempo necesario para que la norma se dicte a través del procedimiento legislativo es demasiado largo para afrontar la situación excepcional. Por ello, uno de los parámetros para evaluar la urgencia sería justamente, el tiempo que tardaría el Parlamento en aprobar la norma a través de cualquiera de los procedimientos abreviados[26]. Es en los casos de insuficiencia de estos plazos, cuando, excepcionalmente, la Constitución permite alterar la atribución de la competencia legislativa del Parlamento y trasladarla al Ejecutivo. Así, la necesidad calificada constitucionalmente de *extraordinaria* y *urgente* implica la insuficiencia de los procedimientos legislativos para la consecución de la finalidad prevista, esto es, lograr aprobar medidas para afrontar una circunstancia política, social o económica que requiere de una respuesta precisa dentro de un plazo temporal concreto o inmediato. La motivación o argumentación de la insuficiencia variará en función del tiempo disponible en el caso concreto y del tiempo necesario para la consecución de los trámites que forman parte del procedimiento legislativo. En este sentido, coincido plenamente con A. Carmona cuando afirma que «la cualificación extraordinaria referida al evento urgente necesitado de regulación nos pone frente a una situación simplemente no ordinaria, fuera de lo normal, de lo cotidiano»[27]. Es decir, existe una necesidad de normación jurídica, aunque esa necesidad, como ha señalado el Tribunal en la reciente sentencia 18/2023, «tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación» pues «lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurran» (FJ 2).

---

[25] A. M. Carmona Contreras, «Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad», *op. cit*., p. 269.

[26] En concreto, la especialidad de la delegación de competencia legislativa a favor de las Comisiones conlleva la supresión de la intervención del pleno en el procedimiento legislativo, por lo que todos los actos parlamentarios conducentes al examen, debate, enmienda y aprobación de la iniciativa se producen en las Comisiones parlamentarias (arts. 75.2 y 3 CE; 148 y 149 RCD; y 130 a 132 RS). En el supuesto del procedimiento de lectura única la fase procedimental que se suprime es precisamente la de Comisión, celebrándose todos los trámites que llevan a la aprobación de la ley en el Pleno, donde se procede a un examen y votación única del texto en discusión (arts. 150 RCD y 129 RS). Por último, el procedimiento de urgencia constituye una técnica de agilización procedimental que actúa sobre los tiempos y plazos previstos para procedimiento legislativo común, que quedarán reducidos a la mitad en el caso del Congreso de los Diputados, y limitados a veinte días naturales en el Senado (arts. 93 y 94 RCD y 133 a 135 RS).

[27] A. M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Madrid, CEPC, 1997, p. 77.

En cuanto a la justificación de la necesidad, las recientes resoluciones del Tribunal del año 2023 son muy deferentes hacia el Gobierno al señalar que las circunstancias reflejadas en la Exposición de motivos del decreto-ley, y manifestadas en la fase de convalidación y en el expediente de elaboración de la norma «reflejan, más allá de una mera conveniencia política, una situación de hecho que permite concluir, en el ámbito del control externo que compete realizar a este tribunal, que existen razones suficientes para apreciar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad» (STC 36/2023, FJ 3). Para afirmar que es suficiente una justificación *sucinta pero razonable* ya que «nunca se ha exigido que la definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad haya de venir justificada con, o apoyada en, datos concretos, reales o actuales, ni en información estadística de procedencia oficial o de otro tipo. Todo ello puede contribuir, sin duda, a esclarecer las premisas en las que se basa la definición gubernamental de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, pero no constituye un requisito imprescindible que acarree, en caso de incumplimiento, la grave sanción de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad» (STC 18/2023, FJ 5). Pero al mismo tiempo, el Tribunal también ha avalado un decreto-ley cuando la situación descrita por el Gobierno, aunque «*no explicitada como es deseable la carga de que concurre el presupuesto habilitante 28*, se mantiene dentro de los márgenes de apreciación que deben reconocérsele para hacer uso de la potestad legislativa excepcional del art. 86.1 CE» (STC 10/2023, FJ 3). Si no se explicita ¿cómo puede el Tribunal entender que es razonable?

4.2. Algunas consideraciones sobre los límites materiales de los decretos leyes

Probablemente, como afirma Astarloa Huarte-Mendicoa, la flexibilidad de la interpretación de los límites materiales del decreto-ley recae en la creencia de no convertirlo en un *instrumento inútil.* Ello explica la tendencia de los operadores jurídicos de no aplicar estas limitaciones materiales en su máximo rigor: «El Gobierno ha entendido limitativamente la expresión *afectar* y el cuadro de exclusiones. El legislador lo ha aceptado sin mayores reparos y el Tribunal Constitucional parece ratificarlo, en el marco de la creencia doctrinal, bastante generalizada, de que una interpretación poco flexible, determinaría la imposibilidad del decreto-ley, convertido así en un instrumento inútil» [29].

La posición del Tribunal Constitucional que buscaba una «lectura equilibrada» [30] de la limitación material del art. 86 CE (desde la STC

[28] La cursiva es nuestra.

[29] I. Astarloa Huarte-Mendicoa, «Teoría y Práctica del Decreto-Ley…», *op. cit*., p. 130.

[30] A. M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional*, *op. cit.,* p. 179.

11/1983, FJ 8 hasta la reciente 16/2021, FJ 5) fue defendida también por parte de la doctrina que entendía que, en relación con el término afectar, puede afirmarse que «ha de interpretarse en un sentido no literal ni expansivo, pues en tal caso se reduciría a nada la posibilidad de dictar decretos-leyes, dado que es rara una normativa que no afecte de algún modo a los derechos, libertades o deberes de los ciudadanos, a las instituciones básicas del Estado o al régimen de las Comunidades Autónomas…»[31].

Pero queremos mencionar, en este apartado algunos supuestos que transgreden directamente, las previsiones constitucionales. El primero, la utilización del decreto-ley para regular una materia no reservada a la ley y que, por tanto, podía ser objeto de regulación a través de normas inferiores, como son los reglamentos, situación legitimada por el Tribunal en la STC 14/2020[32]. ¿Es posible utilizar legítimamente el decreto-ley aun cuando no se requiere una ley para adoptar este tipo de medidas? El Tribunal Constitucional recuerda que no existen en la Constitución de 1978 reservas de reglamento, lo cual implica que, en principio, a la ley le está permitida la regulación de cualesquiera materias. Pero ocurre que el decreto-ley no es una ley en sentido formal: tiene su fuerza obligatoria, pero, en cuanto que norma aprobada por el Gobierno, su uso está estrictamente circunscrito a la concurrencia de unas determinadas circunstancias —la extraordinaria y urgente necesidad—. Dicho de otro modo, aun cuando una norma con rango de ley pudiera abordar una regulación que podría haberse incluido en una norma reglamentaria, este reconocimiento está sujeto a un condicionamiento, señalado por el propio Tribunal Constitucional, la excepcionalidad de la norma. Así, el Tribunal declara que «la utilización del decreto-ley solamente será constitucionalmente legítima si la norma reglamentaria no permite dar la respuesta urgente que requiere la situación que según el Gobierno es preciso resolver» (FJ 5). Es decir, que cuando se trata de utilizar un decreto-ley para ordenar una materia que antes era regulada por normas reglamentarias, el empleo de esa fuente normativa debe justificarse por el Gobierno, sobre quien pesa la obligación de razonar por qué la regulación de la materia en cuestión requiere la elevación de rango normativo[33]. Esta situación puede comportar adicionalmente una disminución de garantías para los ciudadanos, tanto por regular materia

---

[31] *Ibid*., pp. 177 y ss.

[32] Recaía en el recurso de inconstitucionalidad contra el real decreto-ley 7/2019, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

[33] Puede consultarse un análisis de esta sentencia, y en concreto sobre los límites materiales del decreto-ley y la posibilidad de modificar por decreto-ley las normas tributarias en I. M. Abellán Matesanz, «Límites de los decretos-leyes. La "extraordinaria y urgente necesidad" como presupuesto habilitante. Legitimidad del decreto-ley para regular una materia reglamentaria. Modificación de normas tributarias por decreto-ley. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/2020, de 28 de enero», en *Revista de las Cortes Generales,* núm. 109, 2020, pp. 599-612.

que podría ser regulada por reglamentos, impidiendo la participación ciudadana en su procedimiento de elaboración -que sí tendrían en caso de norma con rango reglamentario-, como, sobre todo, por la imposibilidad de acudir a los tribunales ordinarios, pues, como se sabe, frente a normas con rango de ley solo cabe recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para lo cual no están legitimados; o plantear ante el juez ordinario, en el proceso de aplicación de la norma legal, la necesidad de formular una cuestión de inconstitucionalidad sobre ella, con la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que ello conllevaría.

El segundo supuesto atiende a los límites implícitos al decreto-ley, en concreto, a aquellos casos en los que la materia requiere de un procedimiento especial, como el caso resuelto por la STC 155/2005, en la que se afirmó que no puede utilizarse el decreto-ley para autorizar al Estado a obligarse mediante tratados o convenios internacionales en los supuestos en que se requiere la intervención de las Cortes Generales. Dentro de estos límites implícitos se encuentran aquellas «materias […] para las que la Constitución prevé *expresa verbis* la intervención de los órganos parlamentarios bajo la forma de ley» o en otros términos «el conjunto de reservas establecidas por el constituyente respecto de determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos» (FJ 3). Por ello, el Gobierno no puede dictar decretos leyes sobre materias atribuidas constitucionalmente a la competencia de las Cortes Generales, entre las cuales se incluyen tanto las materias reservadas a ley parlamentaria y, por ello, a un procedimiento legislativo especial, como los ámbitos reservados a la ley orgánica, los actos de autorización de tratados internacionales (art. 93 CE) o el acto de aprobación de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134 CE). Materias tipificadas constitucionalmente y reservadas no solo a un procedimiento específico de tramitación y aprobación (reserva de procedimiento), sino también a la propia institución parlamentaria (reserva de Parlamento). Ello conlleva el ejercicio exclusivo de la función legislativa por parte del Parlamento y, por tanto, queda excluida la posibilidad de que dicha materia sea tramitada mediante un procedimiento distinto, ni aprobada por un órgano diferente al legislativo. Sin embargo, la reciente STC 16/2023 en la que se analiza el Decreto-ley 12/2021, que realizaba una modificación del régimen económico y fiscal de Canarias, que a tenor del art.167 EA Canarias, requiere informe previo del Parlamento Canario, realiza una argumentación ciertamente peligrosa, pues señala que «La existencia de una explícita previsión constitucional sobre la exigencia de informe previo a cualquier modificación del régimen económico y fiscal de Canarias, convierte dicha garantía procedimental en un *prius* que condiciona *ab initio* la propia legitimidad constitucional de cualesquiera modificaciones de dicho régimen que se aborden por la normativa estatal». Pero después, y a pesar de ese *prius,* justifica

que el informe fuese presentado después de aprobado el decreto ley, pero antes de su trámite de convalidación, por lo que, «no se produjo la aducida extemporaneidad y, en consecuencia, debe rechazarse la infracción constitucional alegada».

El tercer supuesto atiende a los denominados decretos-leyes ómnibus, esto es, aquellos de «plural contenido material»[34]. El primer problema que generan estos decretos-leyes es la viabilidad de su control conforme a las limitaciones que impone el art. 86 CE, ya que dichos límites deben ser evaluados en referencia a cada una de las normas que contempla, pero el decreto-ley deberá ser convalidado en su totalidad. A este respecto el Tribunal Constitucional en la STC 199/2015, en la que se resolvía la impugnación del Real Decreto-Ley 8/2014, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, consideró que la amplitud y variedad de las materias a las que refiere el decreto-ley no es inconstitucional, sino que lo dota de *singularidad* (*sic*) (FJ 2) y remite a la doctrina sentada en torno a las leyes ómnibus para concluir que no hay «objeción alguna para aplicarla a la hora de resolver la impugnación de un *decreto-ley ómnibus*, partiendo […] del reconocimiento de que, si bien el decreto-ley impugnado puede ser expresión de una deficiente técnica normativa […] hemos de limitarnos a realizar un juicio de constitucionalidad sobre la norma, porque no nos compete efectuar un control sobre su calidad técnica, del mismo modo que hemos afirmado, que no poseemos tal facultad en relación con el análisis de la perfección técnica de las leyes» (FJ 3).

No creo que la asimilación de la doctrina establecida en torno a las leyes ómnibus pueda ser aplicable a los decretos-leyes ya que el control parlamentario de éstos no ofrece las mismas garantías que el procedimiento legislativo, por lo que no pueden ser equiparados. Los decretos leyes ómnibus pasan por el Parlamento con un único debate de convalidación, en una sola Cámara (Congreso de los Diputados), sin posibilidad de debatir la mayoría de sus numerosas medidas en intervenciones parlamentarias, y sin posibilidad de presentar enmiendas. Y a ello debemos añadir una consideración: una vez acordada su tramitación como proyecto de ley ¿cuál sería la comisión del Congreso o del Senado encargada de su estudio, en atención al contenido tan variopinto?

En el voto particular de la mencionada STC 199/2015 se expone lo que considero hubiera sido más adecuado: entender que debería haberse estimado el recurso por extralimitación del supuesto de hecho habilitante. Se destaca la excepcionalidad con la que el poder ejecutivo ha de ejercer la potestad contemplada en el art. 86 CE y que cualquier intento de encontrar en el mismo la justificación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad es inexistente. La referencia a la

[34] M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del decreto-ley*…, *op. cit*., p. 104.

crisis económica —que ha sido utilizada de forma recurrente— no puede ser suficiente para aprobar un disperso e inconexo conjunto de disposiciones. El decreto-ley en cuestión modificaba más de 30 leyes; creaba disposiciones legales *ex novo*; se incluían modificaciones de normas reglamentarias; y en cuanto a las materias, abarcaba la práctica totalidad de los sectores jurídicos: desde la carrera militar hasta los puertos y aeropuertos, desde los horarios comerciales hasta el Registro Civil. Por ello, no podemos más que coincidir con lo expuesto en el voto particular[35]: «Por más flexible que haya podido ser el canon hasta ahora aplicado por este Tribunal […] el solo recuento que somera y fragmentariamente ha quedado expuesto deja en evidencia que esta norma ha roto los diques constitucionales. Es palmario que no estamos ante un decreto-ley que responda a una situación de necesidad cuyo remedio exija medidas de contenido hasta cierto punto heterogéneo, pero que tengan un nexo común, consistente precisamente en esa situación de necesidad a la que pretenden salir al paso. Y es necesario subrayar que esta situación de necesidad no solo ha de quedar justificadamente caracterizada como urgente, en el sentido de que no pueda ser debidamente abordada ni siquiera a través de los cauces legislativos que otorgan carácter preferente o abrevian los plazos parlamentarios de tramitación legislativa. También es nota característica del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE el carácter extraordinario de la situación de necesidad, que es tanto como decir fuera de lo común, anómalo, difícil o imposible de prever». Y pese a este rotundo voto particular, la mayoría del Tribunal consideró que, aun siendo cierta esta descripción, no les competía «efectuar un control sobre su calidad técnica».

Teniendo en cuenta que la potestad atribuida al poder ejecutivo en el art. 86 es una potestad excepcional, sujeta a limites en referencia al supuesto de hecho habilitante pero también respecto a las materias que estos pueden regular y, sobre todo, que su aprobación y convalidación no poseen las garantías democráticas del procedimiento legislativo, considero que los decretos-leyes ómnibus deben ser considerados inconstitucionales.

4.3. La provisionalidad del decreto-ley

La provisionalidad es una característica esencial de los decretos leyes, tal y como los configura el art. 86 CE. Ahora bien, esta nota ¿se refiere exclusivamente al «instrumento normativo, al acto jurídico, o también a […] sus prescripciones, que estarían en sí mismas aquejadas de una cierta provisionalidad, no pudiendo pretender regular situaciones con carácter definitivo»?[36]. Un amplio sector de la doctrina entien-

[35] Formulado por Asúa Barrita, Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos.

[36] P. Santolaya Machetti, «Algunos problemas interpretativos…», *op. cit.*, p. 33.

de que una vez ha sido convalidado el decreto-ley, se transforma en una norma con rango y fuerza de ley, entendiendo que la intervención del Parlamento lo despoja de su *provisionalidad*[37].

Coincido con Aragón[38], quien niega que la sola convalidación o, como sostiene Carmona Contreras, el sólo acuerdo del Congreso para tramitar como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia suponga una «ratificación tácita del decreto-ley» [39], ya que ello transformaría el decreto-ley en una disposición legislativa *permanente* sin contar con una decisión expresa del «auténtico legislador» (art. 66.2 CE), no solamente del Congreso de los Diputados. El Gobierno no es el legislador, pero tampoco lo es una decisión del Congreso. El decreto-ley, aunque tenga su fuerza, no es una ley. Por tal motivo, «no puede verse con normalidad, que existan, como ocurre ahora, decretos-leyes que se mantienen, como tales, con vigencia indefinida, en el ordenamiento, ocupando, con naturalidad una posición idéntica a las leyes en nuestro sistema de fuentes»[40]. El decreto-ley convalidado seguiría conservando la condición de disposición legislativa provisional que la Constitución le atribuye y la aprobación del Congreso simplemente es un visto bueno para que mantenga su vigencia, para alargar su vigencia, más allá de los 30 días establecidos en el art. 86.2 CE, pero conservando su carácter de disposición provisional. Es decir, que «el decreto-ley nace, y vive, en el ordenamiento con vocación de ser sustituido por la ley que es la que además puede regular de manera más completa y adecuada la materia»[41].

Por ello, creo que adquiere pleno sentido uno de los pocos pronunciamientos del Tribunal Constitucional coincidentes con el sentido aquí apuntado: «en aquellos supuestos en que el Congreso de los Diputados se haya *limitado* a ejercitar sus competencias fiscalizadoras contempladas en el apartado 2 del art. 86 de la CE, sin acudir a la vía del número 3, *no puede considerarse que el decreto-ley se haya convertido en ley formal del Parlamento, tras el acuerdo de convalidación sino,* únicamente que se ha cumplido con el requisito constitucional del que dependía la pervivencia en el tiempo, con fuerza y valor de ley, de la disposición producto del ejercicio de la potestad normativa extraordinaria que al Gobierno le reconoce la Constitución»[42]. STC 29/1982 (FJ2).

---

[37] Teoría que sostiene la mayoría de la doctrina, por todos, J. Salas, *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, *op. cit*., p. 111; e I. Astarloa Huarte-Mendicoa, «Teoría y Práctica…», *op. cit.,* p. 156. Sobre este extremo, hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha descartado que la provisionalidad deba estar vinculada al alcance temporal de la disposición normativa (STC 189/2005, FJ 6).

[38] M. Aragón Reyes, *Uso y abuso…», op. cit*., p. 175.

[39] A. M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, *op. cit*., p. 274.

[40] M. Aragón Reyes, *Uso y abuso …, op. cit*., p. 179.

[41] *Ibid*., p. 179.

[42] Cursiva nuestra.

Es decir, la convalidación no lo despoja del carácter de disposición legislativa provisional que el art. 86 le atribuye expresamente.

Sin embargo, en otras decisiones[43] el Tribunal rompe este criterio y señala que esta «provisionalidad» no significa que el decreto-ley sea una norma sometida a un plazo temporal de vigencia, sino que la provisionalidad se vincula a la necesidad de que sea convalidado por el Congreso, lo que vendría a sostener la primera de las posiciones anunciadas, esto es, que la provisionalidad está ligada a la convalidación. Una vez que el decreto-ley es convalidado «cede su carácter de provisionalidad»[44], pero no se convierte en ley.

Si el decreto-ley es una disposición provisional, según establece el art. 86.1 de la Constitución, y si la convalidación del Congreso no solo no es una ley, sino que tampoco lo convierte en ley, no se comprendería que perviva indefinidamente en el tiempo una norma que procede del poder ejecutivo y que incide en la reserva de ley. Quizá, la única forma de resolver esa contradicción es imponer con carácter general que todos los decretos-leyes se tramiten tras su convalidación por el procedimiento del art. 86.3. Como señala Martín Rebollo, la ley posterior que sustituiría al decreto-ley provisional, restablecería «el equilibrio perdido»[45].

4.4. El control parlamentario de los decretos leyes y su necesidad de refuerzo

Parte de la doctrina sostiene que la convalidación constituye una condición *sine qua non* para que los decretos-leyes puedan subsistir como normas válidas dentro del sistema de fuentes, considerando que la intervención del Parlamento viene a restablecer el principio de división de poderes *alterado* por la atribución de potestades legislativas al ejecutivo[46]. Así la convalidación por parte del Parlamento hace compatible «la necesidad de otorgar al ejecutivo instrumentos eficaces

---

[43] Por todas la STC 189/2005, FJ6: «En cuanto a la alegación de que las medidas introducidas por el Real Decreto-ley, lejos de ser provisionales, integran una regulación de carácter permanente, es de recordar que […] conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, "no sería en términos absolutos una conclusión correcta" entender que "todos los decretos-leyes, que son 'disposiciones legislativas provisionales' según el texto del art. 86 CE, tengan que quedar necesariamente sometidos a un plazo temporal de vigencia. Con independencia del examen de la concurrencia de la «extraordinaria y urgente necesidad", que constituye el presupuesto de hecho que habilita al Gobierno a hacer uso del decreto-ley (art. 86.1 CE), la doctrina de este Tribunal ha relacionado expresamente la calificación de "provisional" de la disposición legislativa aprobada a través de la mencionada forma jurídica con la necesidad de que aquélla sea convalidada por el Congreso de los Diputados en el plazo de treinta días para mantener su vigencia».

[44] STC 178/2004, FJ 6

[45] *Vid*. L. Martín Rebollo, «Uso y abuso del Decreto-Ley. (Un análisis empírico)», en REDA, núm. 174, 2015 apartado 4 C, pp. 23-92

[46] En este sentido J. Salas, *Los decretos-leyes en la Constitución…*, *op. cit.,* p. 93.

para hacer frente a situaciones de urgencia, con el lógico imperativo de mantener el principio de separación de poderes y salvaguardar el poder legislativo como único productor, en un sistema constitucional de normas con rango de ley»[47].

El pronunciamiento del Congreso respecto del decreto-ley debe recaer sobre la totalidad del contenido no siendo posible realizar modificaciones al mismo. La intervención del Congreso de los Diputados, regulada en el art. 151 RCD, resulta así insuficiente para garantizar la deliberación plural respecto de la oportunidad y conveniencia de la medida adoptada por el Gobierno[48]. El decreto-ley necesita de la validación expresa para consolidar su vigencia, por lo que el silencio no puede significar su convalidación. Ante el transcurso del plazo constitucionalmente previsto de 30 días, el decreto-ley caducaría, se extinguiría, dejando de formar parte del ordenamiento jurídico. Es decir, conllevaría idénticos efectos que la decisión expresa de su derogación por la Cámara[49].

Pero el decreto-ley convalidado no es ni formal ni materialmente una ley[50]. El acto de convalidación tiene, para el Tribunal, carácter homologatorio[51], pero no goza de la fuerza y el valor de la ley, por lo que no puede tener efectos sanatorios de los vicios del decreto-ley[52], aunque se le deba reconocer a la convalidación un cierto valor normativo[53]. Así, la resolución parlamentaria que convalidaría las disposiciones normativas provisionales actuaría como acto de control político del decreto-ley[54].

---

[47] A. M. Carmona Contreras, *La configuración constitucional del decreto-ley*, *op. cit.,* pp. 212-213.

[48] A. M. Carmona Contreras, «Los efectos de la convalidación parlamentaria del Decreto- Ley. Análisis crítico», en Pau Vall, F. (coord.); *Parlamento y control del Gobierno*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998, p. 389.

[49] I. Astarloa Huarte-Mendicoa, «Teoría y Práctica del decreto-ley…», *op. cit.*, p. 145.

[50] Desde un punto de vista formal, la convalidación no puede considerarse que asume la categoría de una ley porque se expide en forma de resolución, firmada por el presidente del Congreso, en la que se ordena la publicación del acuerdo. Teniendo en cuenta que el Senado tampoco participa en este proceso, tampoco puede ser considerada una ley en sentido material. *Vid*. I. Astarloa Huarte-Mendicoa, «Teoría y Práctica…», *op. cit.*, p. 154.

[51] «[…] lo que el artículo 86 de la Constitución llama "convalidación" es más genuinamente una homologación respecto de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino» (STC 6/1983, FJ5).

[52] «La convalidación que el Congreso de los Diputados puede realizar de un decreto-ley no produce la sanación del mismo si éste fuera originariamente nulo por haberse producido con extralimitación» (STC 6/1983, FJ5)

[53] Respecto a la naturaleza de la intervención del Congreso, se proyectan básicamente dos tesis diferentes: por un lado, aquellos autores que mantienen que se trata de una actividad mixta: de control y normativa, entre los que se encuentran I. Astarloa Huarte-Mendicoa, «Teoría y Práctica…», *op. cit.*, p. 159 y ss.; de aquellos que acentúan el carácter normativo frente al de control, como P. Cruz Villalón, «Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983)», en *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985, pp. 154 y ss..; E I. OTTO, *Derecho Constitucional, op. cit*.

[54] Y. Gómez, «Decreto-ley versus ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de emergencia», en *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*¸ núm. 4, 2013, pp. 102-117.

Creo que conviene traer a colación la distinción efectuada por Aragón Reyes entre control «por» el Parlamento de control «en» el Parlamento[55]. Así, el control de los decretos-leyes no estaría dado sólo por el momento del rechazo o la convalidación del mismo —acto que expresa la voluntad del Parlamento— sino por todas las actividades de los grupos parlamentarios realizadas en el seno del Parlamento, que puedan influir en la opinión pública, durante esa fase. Efectivamente, el control es un medio a través del cual se hacen efectivas las limitaciones al poder[56] y en concreto, el control entre poderes —los contrapesos— garantiza la aplicación de la regla de la mayoría con los matices que la misma exige en virtud de la participación activa de las minorías en las democracias pluralistas para evitar la tiranía de las mayorías[57].

Las razones que legitiman la potestad del Parlamento como órgano de control de los decretos-leyes, residen en la primacía del Parlamento frente al ejecutivo, preeminencia que es consecuencia de su directa emanación de la soberanía popular. Cabe afirmar entonces, que el Parlamento, por ser en teoría el órgano o institución en el que se cristaliza el poder soberano de la pluralidad democrática de la sociedad, es el agente de control político por excelencia, debido a su naturaleza representativa y plural, a su configuración como institución representativa de la diversidad social. A pesar de ello, sólo en tres ocasiones el Congreso ha entendido que en la situación referida por el decreto-ley sujeto a su consideración no se configuraba la extraordinaria situación de urgencia y necesidad, lo que conllevó su rechazo. Este aspecto confirma que el control es, cuanto menos, insuficiente[58].

Como ya señalara De Vergottini, «en la actual configuración del principio de separación de poderes, la máxima garantía que ofrecía el control del legislativo sobre el ejecutivo se ha transformado en la que asegura el control que ejercen las minorías de oposición sobre la mayoría»[59]. Por ello, para analizar el grado de democracia con el que

---

[55] *Vid*. M. Aragón Reyes, «Democracia y Parlamento», *op. cit*., p. 147.

[56] M. Aragón Reyes, M«La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1986, vol. 6, núm. 17, p. 87.

[57] *Vid*. J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, pp. 105-117.

[58] Solo en tres ocasiones el Parlamento ha emitido un «acuerdo sobre derogación» de un decreto-ley. El primero ante el Real Decreto-Ley 1/1979, de 8 de enero, adoptado por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados el 6 de febrero de 1979 y la segunda vez con el «acuerdo sobre derogación» del Real Decreto-ley 1/2006, de 20 de enero, por el que se modificaban los tipos impositivos del impuesto sobre las labores del tabaco, adoptado por el Pleno del Congreso de los diputados en su sesión del día 9 de febrero de 2006. La tercera ocasión fue con la derogación del Real Decreto-Ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modificaba el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014.

[59] G. De Vergottini, «La función de control en los parlamentos de fin de siglo», Pablo Lucas Murillo de la Cueva (trad.), en *Problemas actuales del control parlamentario*, VI Jornadas de Derecho Parlamentario, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 47.

funciona un Estado ya no debe atenderse solamente al grado de respeto que haya entre los distintos poderes del Estado, sino al tipo de relaciones que se configuren entre los partidos mayoritarios y los minoritarios y al lugar que se les atribuya a estos últimos en la participación de la construcción y reforma constante del sistema normativo que, en última instancia, es la base jurídica del Estado.

Así, la limitación de los poderes del gobierno por el Parlamento es uno de los indicadores que utiliza el *Rule of Law Index*[60] para evaluar el cumplimiento del Estado de Derecho. Igualmente, la Comisión europea[61] establece que el principio de legalidad «implica un proceso legislativo transparente, responsable, democrático y pluralista» lo que exige que la elaboración de normas con rango de ley por parte de los Ejecutivos quede también sometidas a estos principios. De otro modo, la reducción de la democracia a la regla de la mayoría con minusvaloración de toda forma de control de poder, del pluralismo y de los derechos de las minorías supone una lesión a los derechos políticos fundamentales. El fundamento del principio democrático, que es la participación de los ciudadanos a través de sus representantes electos en la elaboración de las normas primarias, aunque no exige que el decreto-ley se conciba como una excepción, si queda afectado si la intervención de los ejecutivos en la función legislativa no se sujeta a límites estrictos.

Por ello, el aumento de los decretos leyes no resultaría tan alarmante si estas normas atravesaran un procedimiento de control parlamentario que garantizara la publicidad, el debate y la participación de las minorías que garantiza el procedimiento legislativo y que son, por ello, las notas que permiten otorgar a la ley esa posición de primacía en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, tal y como está regulado hoy en día ese control se muestra insuficiente para garantizar esos principios, lo que repercute negativamente en la posibilidad de realizar un control real. Por lo tanto, podía intuirse que la principal causa de esta tendencia *in crescendo* de la aprobación de decretos-leyes está relacionada, con un fallo en el sistema de pesos y contrapesos.

4.5. El control del Tribunal Constitucional: la necesidad de su replanteamiento

El Alto Tribunal entiende que el decreto-ley es un instrumento normativo que pretende dar respuestas a las perspectivas cambiantes de la vida actual ante supuestos que, por razones difíciles de prever,

---

[60] Elaborado por *World Justice Forum*. *Vid*. J. M. Castellà Andreu, «La aportación de la Comisión de Venecia a la preservación del Estado de derecho», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 38, abril 2023, pp. 21-38, en concreto 26-27.

[61] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. «Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho». COM(2014), 0158 final.

requieren de una acción normativa inmediata. Ello ha permitido que el decreto-ley haya sido el instrumento normativo más utilizado en los supuestos de crisis económica que requieren una acción normativa urgente.

La STC 170/2012 recuerda la doctrina consolidada del Tribunal según la cual «el art. 86 CE habilita, desde luego, al Gobierno para dictar, mediante decreto-ley, normas con fuerza de ley, pero en la medida en que ello supone una *sustitución del Parlamento por el Gobierno*, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que este dispensa, y como tal sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en dicho precepto que lo legitime. Entre los que se incluyen, en lo que aquí importa, la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante, esto es, una situación de extraordinaria y urgente necesidad» (FJ 4).

Por otro lado, en la STC 14/2020, el Tribunal reconoce que su actuación debe ceñirse a realizar un control *externo*, estrictamente jurídico, de la norma cuestionada, sin que pueda extenderse al juicio político o de oportunidad, exigiendo que el Gobierno, para aprobar un decreto-ley, ha de hacer una definición *explícita y razonada* de la situación concurrente que legitima la actuación del Ejecutivo en sustitución del Parlamento, obviando la tramitación de la norma con todas las garantías que el trámite parlamentario supone; y que, además, ha de existir una *conexión de sentido* entre la situación definida como *extraordinaria y urgente* y las *medidas concretas* que en el decreto-ley se adopten por considerarlas necesarias para intervenir en dicha situación. Pero es llamativo que no exija que se justifique, como una opción que podía ser considerada por el Gobierno, la tramitación de una iniciativa legislativa a través del procedimiento de urgencia; una opción eficaz en la medida en que hubiera concluido con la adopción de una ley formal, aprobada por el órgano de representación popular a través de unos trámites con todas las garantías (publicidad, deliberación, etc.), con intervención de las dos Cámaras y en un plazo de tiempo, a través de los procedimientos abreviados, no muy diferente del que requiere un decreto-ley.

La interpretación del presupuesto habilitante conforme a la doctrina constitucional fijada en relación con el art. 86.1 CE determina que «tras reconocer el peso que en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad ha de concederse al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado» el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución es «la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes»[62]. Por lo que la función del propio Tribunal es «el aseguramiento

[62] *Vid*. STC 68/2007, FJ 6; 137/2011, FJ 4, y 51/2013, FJ 3.

de estos límites» (STC 68/2007, FJ 6). Pero al mismo tiempo, la jurisprudencia constitucional señala que se trata de «un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 182/1997, FJ 3) y que la definición por los órganos políticos de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan (STC 29/1982, FJ 3).

Sobre el primer aspecto de ese control, la definición que realizan los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, el Tribunal precisó que no se exige «que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos» que son, básicamente, «los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma» (STC 29/1982, FJ 4), debiendo siempre tenerse presentes «las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los decretos-leyes» (STC 68/2007, FJ 6).

A mi juicio, el Tribunal no ha respetado el significado constitucional del decreto-ley, permitiendo que lo excepcional se convierta en ordinario. Así, ha concedido «un amplio margen de discrecionalidad» al Gobierno; ha interpretado que el ejecutivo puede recurrir al decreto-ley dada su utilidad para la acción política gubernamental porque le permite «dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual»; que es legítimo «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» (doctrina prácticamente constante desde la STC 111/1983).

Esta imprecisa definición como norma «provisional», ha comportado una interpretación flexible de la «extraordinaria y urgente necesidad» y ha permitido, como hemos visto, decretos leyes tan fuera de sentido como los que regulan materia propiamente reglamentaria, los denominados decretos leyes ómnibus o los decretos leyes singulares. Y ello, a pesar de que el propio Tribunal, recogiendo una constante jurisprudencia, declara que «sin perjuicio del peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad haya de concederse al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, es función propia de este Tribunal el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes públicos

se mueven dentro del marco trazado por la Constitución, de forma que este Tribunal podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de «extraordinaria y urgente necesidad» y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por *invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución*»[63] (STC 48/2015, FJ 3)

La actuación realizada por el Tribunal supone, como señala Aragón, «un apoderamiento a los órganos políticos para actuar con discrecionalidad»[64] y ello, a mi entender, va en contra del principio de Estado de derecho y del propio control de constitucionalidad, puesto que la función del Tribunal es la de garantizar que el ejercicio de la facultad que el art. 86 otorga al Gobierno, se mueva dentro de los márgenes que marca la Constitución, pudiendo el Tribunal rechazar esa actuación. Pero ese margen que la Constitución otorga al ejecutivo no supone que el Tribunal deba limitarse a controlar que la justificación dada por el Gobierno no sea arbitraria, sino que debe probar la existencia del presupuesto de hecho habilitante, por lo que debe realizarse un control más apurado por parte del Tribunal Constitucional[65].

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 decretos leyes (STC 199/2015, FJ 4). Pero ya hemos visto que las recientes sentencias dictadas desde principio de este año 2023, acentúan la deferencia con la que ha actuado el Tribunal Constitucional, en las que se otorga un claro margen de discrecionalidad al Gobierno para definir cuando se da la situación de excepcional y urgente necesidad, señalando además, y de forma expresa que «nuestra Constitución se ha decantado por una regulación de los decretos-leyes *flexible y matizada*» (STC 18/2023, FJ 3), por lo que del análisis de la exposición de motivos, de la defensa del texto ofrecida por el Gobierno en el trámite de convalidación y el expediente

---

[63] Cursiva nuestra.

[64] M. Aragón Reyes, «Uso y abuso…», *op. cit*.

[65] Por ello, fórmulas como la «cambiante situación de la economía internacional» o de «nuevas oportunidades más variadas que … en etapas anteriores» (STC 68/2007), se convierten en justificaciones que hacen prácticamente imposible un control constitucional. Aunque, por el contrario, estimó (STC 6/1983, FJ 5) legítimo el uso de esta categoría normativa «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» y en la STC 137/2011, FJ 7, apreció que «la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación».

de elaboración de la norma impugnada, considera que «la necesidad de corregir los resultados discretos […] y de remediar un claro retraso en el cumplimiento de los objetivos de igualdad» (FJ 5), cumple con el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La debilidad del parlamentarismo español ha sido identificada como una de las causas de abuso del decreto-ley, realidad que genera un impacto negativo sobre la calidad de la normativa, el derecho de participación política de los representantes en la función legislativa y, en definitiva, en el rol que debe desempeñar el Parlamento. Para corregir este déficit, se han apuntado varias fórmulas u opiniones. Así, fortalecer el papel de las minorías/oposición en el Congreso favoreciendo la tramitación de *todo* decreto-ley como proyecto de ley sin necesidad de acuerdo por la mayoría del pleno de la Cámara, siendo suficiente su solicitud por una minoría parlamentaria o dos grupos parlamentarios, o imponiendo dicha tramitación en todo caso, excepto en el caso de decretos leyes absolutamente coyunturales[66], como pudiera ser el caso de los que hacen frente a catástrofes naturales como el volcán de la Palma, o a crisis sanitarias como la vivida con la covid-19. Carmona plantea otra fórmula, que la convalidación del decreto-ley se realice por ley: es decir que se tramite un proyecto de ley de convalidación, permitiendo la participación de todas las fuerzas políticas en la presentación de enmiendas, a todos y cada uno de los artículos y su discusión y votación separada[67], aumentando así las posibilidades de control y mejorando la funcionalidad del sistema democrático.

También se favorecería la intervención parlamentaria si cada decreto-ley regulase una única materia. Ciertamente no existe una regla constitucional expresa que obligue a ello, y tampoco se deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional que ha aplicado de forma absolutamente laxa el requisito de extraordinaria y urgente necesidad y su vinculación con cada una de las medidas adoptadas por decreto-ley. Por ello, parece urgente y necesario el replanteamiento de esta jurisprudencia, en especial, la relativa a los decretos leyes ómnibus.

En la práctica, se ha acabado admitiendo casi con naturalidad que el Ejecutivo haga uso de esta figura normativa cuando aprecie —juicio de oportunidad, político, que no jurídico— que tiene que adoptar una medida urgente que requiere fuerza de ley, entendiéndose que casi cual-

---

[66] En este sentido L. Martín Rebollo, «Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico)», *Revista Española de Derecho Administrativo,* 174, 2015, pp. 58-59; o M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del decreto-ley,* pp. 181-185.

[67] En este sentido puede verse A. Carmona Contreras, *La configuración constitucional*…, *op. cit*., pp. 232-238.

quier urgencia permite acudir a esta figura, por la rapidez de adopción frente a la lentitud que supone una tramitación parlamentaria completa. En esa lucha, entre una normación rápida y eficaz y otra garantista pero lenta, la balanza se inclina ante la primera. Y esta práctica convierte al Parlamento, *a posteriori*, en un órgano legitimador y, solo en cierta medida, corrector o limitador —ni siquiera controlador— de la actuación previa del Ejecutivo. Por ello, entre las cuestiones que debe motivar el Gobierno deben incluirse las razones por las que descarta la opción de impulsar el procedimiento legislativo parlamentario a través de la presentación de un proyecto de ley; debe argumentar por qué considera que no es posible lograr una actuación normativa inmediata en un plazo inferior que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes; es decir, debe justificar por qué entiende que aprobar las medidas necesarias para afrontar la urgencia a través de la forma jurídica de ley y la utilización del procedimiento legislativo ocasionaría un obstáculo o perjuicio para la consecución de los objetivos perseguidos.

Aunque el uso patológico de los decretos leyes no tiene su causa directa en la regulación constitucional sino en la práctica política y de la interpretación constitucional inadecuada llevada a cabo por el propio Tribunal Constitucional[68], una hipotética reforma constitucional podría consistir en eliminar la previsión del art. 86B.3CE, haciendo obligatoria su convalidación por ley, ampliando para ello el plazo de treinta días, e incorporar nuevos límites materiales como la exigencia de una regulación de carácter homogénea. Todo ello con el fin de paliar y restringir ese uso abusivo y facilitar la intervención del Parlamento, y en concreto garantizar la existencia de un debate público y plural para otorgar un mayor grado de participación a las minorías y, en definitiva, una mayor legitimidad democrática a estas normas.

En lo que se refiere al control efectuado por el Tribunal Constitucional, creo que a través de una interpretación laxa de los elementos que definen al decreto-ley y el supuesto de hecho habilitante, ha flexibilizado los límites constitucionales que permiten la aprobación de estas normas, lo cual ha habilitado indirectamente este aumento de su aprobación. Es decir, que el rol que desempeñan el Parlamento y el Tribunal Constitucional en el control de esta facultad excepcional del poder ejecutivo está posibilitando, directa o indirectamente, el aumento de su utilización, desdibujando los límites impuestos por el texto constitucional para preservar la legitimidad democrática del sistema de fuentes, que tiene su expresión en la primacía de la ley parlamentaria como categoría ordinaria.

---

[68] M. Aragón Reyes, «Uso y abuso del decreto-ley……», pp. 173-174.

6. BIBLIOGRAFÍA

Abellán Matesanz, I. M., «Límites de los decretos-leyes. La "extraordinaria y urgente necesidad" Como presupuesto habilitante. Legitimidad del decreto-ley para regular una materia reglamentaria. Modificación de normas tributarias por decreto-ley. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/2020, de 28 de enero», en *Revista de las Cortes Generales* núm. 109, 2020, pp. 599-612.

Aragón Reyes, M., «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1986, vol. 6, núm. 17, pp. 81-92.

— *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, 2016.

Astarloa Huarte-Mendicoa, I., «Teoría y Práctica del Decreto-Ley en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985, pp. 97-170.

— «Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 11, 2017, pp. 415-430.

— «La institución parlamentaria en un tiempo inquietante», en Iglesias Chamorro, A (coord.), *El Parlamento a debate en un tiempo nuevo*, Fundación Giménez Abad, Obras colectivas, 2023, núm. 26, pp. 25-75.

Carmona Contreras, A. M., «Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* 96, 1997, pp. 255-278.

— *La configuración constitucional del Decreto-ley*, CEPC, Madrid, 1997.

— «Los efectos de la convalidación parlamentaria del Decreto- Ley. Análisis crítico», en: Pau I Vall, Francesc (coord.), *Parlamento y control del Gobierno*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998.

— «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.

Castellà Andreu, J. M., «La aportación de la Comisión de Venecia a la preservación del Estado de derecho», en *RGDC*, núm. 38, abril 2023, pp. 21-38.

Cruz Villalón, P., «Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 111/1983)», en *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985, pp-151-172.

De Vergottini, G., «La función de control en los parlamentos de fin de siglo», Pablo Lucas Murillo de la Cueva (trad.), en *Problemas actuales del control parlamentario*, VI Jornadas de derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

Echegaray, M. S., *El incremento de la legislación de urgencia. Causas, control y propuestas*, Tesis doctoral, 2017.

Ely, J. H., *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

Gómez, Y., «Decreto-ley *versus* ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de emergencia», en *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*¸ núm. 4, 2013, pp. 102-117.

Martín Rebollo, R., «Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico)», en *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 174, 2015, pp. 23-92.

Montilla, J.A., «Parlamentarismo en España: algunas revisiones necesarias», en *REDCE*, núm. 38, Julio-diciembre 2022.
Salas, J., *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1979.
Santolaya Machetti, P., «Algunos problemas interpretativos del artículo 86 de la Constitución española», *Revista de Derecho Político,* núm. 26, 1988, pp. 27-48.
Sanz Gómez, R. y Sanz Gómez, S.; «Análisis cuantitativo del uso del decreto-ley en España (1979-2018)», *Revista de Estudios Políticos*, 188, 2020, pp. 127-158.
Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1988, pp. 625-644.
Tudela, J.; «El Parlamento en tiempos críticos», *Cortes: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 33, 2020, pp. 21-48.
— «Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento», en *Cuadernos constitucionales*, núm. 2, 2021, pp. 95-119.
Tur Ausina, R., *El control parlamentario de los decretos leyes,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CAPÍTULO V

¿PUEDE SER EL REFERÉNDUM UN INSTRUMENTO DE CONTRAPODER EN ESPAÑA?

M.ª Reyes Pérez Alberdi
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide. Sevilla

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: SOBRE LAS FUNCIONES DEL REFERÉNDUM EN LA PRÁCTICA COMPARADA

Desde sus orígenes, el referéndum ha sido una institución controvertida, asociado inicialmente con la democracia directa y los postulados rousseaunianos de la democracia de identidad, se oponía al modelo imperante de gobierno representativo como técnica garantizadora de la libertad, adoptado por el primer constitucionalismo[1]. Más allá de esa crítica inicial que opone la libertad de los antiguos, participativa, frente a la de los modernos, fundada en la división del trabajo propia de la sociedad capitalista, contra el referéndum se han esgrimido toda una serie de objeciones o peligros que estuvieron muy presentes en el momento de redactar nuestra Constitución.

---

[1] L. Aguiar de Luque, «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento español», en Trujillo, G., López Guerra, L. y González Trevijano, P., *La experiencia constitucional*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 67-68. Sobre el desarrollo histórico de esta institución puede verse con mucha más extensión su trabajo, *Democracia directa y Estado Constitucional,* Madrid, EDERSA, 1977.

Como nos recuerda Eloy García[2], esta institución de participación política directa de los ciudadanos tiene su primera aplicación práctica en la ratificación popular, a partir de 1798, de algunas de las constituciones estatales norteamericanas[3] y de la Constitución suiza[4], suponiendo un mecanismo de expresión directa del poder constituyente, o al menos, una fase imprescindible del acto complejo del obrar soberano en el proceso de elaboración y reforma de la norma fundadora de la comunidad política.

A partir de entonces han sido muchas las Constituciones que han incorporado el referéndum constitucional, aunque —a diferencia de ese primer momento del constitucionalismo— no se entiende como una exigencia ineludible de la teoría del poder constituyente[5]. Pues, si bien el principio de soberanía popular exige la presencia de este poder originario en el momento de la elaboración y reforma de la norma suprema, fundamentando, con ello, la superioridad jerárquica de la Constitución sobre el legislador ordinario, nada obsta a que la voluntad se exprese a través de los representantes; eso sí, por medio de un procedimiento específico distinto del necesario para aprobar una ley ordinaria[6]. En

---

[2] J. L. Cascajo Castro, E. García, J. Oliver Araujo e I. Torres Muro, «Encuesta sobre el referéndum», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 15-21.

[3] A partir de 1778, algunas de las trece colonias de Nueva Inglaterra situadas en Norteamérica (Massachussets, Connecticut, Rodhe Island y New Hampshire) ratificaron popularmente sus constituciones y, desde entonces, el referéndum, primero, y la iniciativa popular, más tarde (1898, Dakota), se extendieron por las Constituciones de casi todos los Estados. Puede verse con más extensión T. Donovan, «Referendum and Initiatives in North America», en Qvortrup, M. (ed.), *Referendums around the world. The continued growth of direct Democracy,* New York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 122-161 y L. Segura i Renau, «La participación popular en la reforma constitucional de los Estados de EE.UU.», en Castellá Andreu, J. M., *Parlamentos, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quién y cómo participa?,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 317-322.

[4] El art. 106 de la Constitución suiza de 1798 —Constitución aprobada durante la ocupación gala siguiendo los principios de la revolución francesa— establece la obligación de las asambleas primarias de ratificar las reformas de la Constitución. Sistema de ratificación popular que bebe de la llamada Constitución girondina de 1793 y que en Francia no llegó a ponerse nunca en práctica. A propósito, es clásica la obra de Condorcet, *Sur la nécessité de faire ratifier la constitution par les citoyens et sur la formation des communautés de campagne*, l'impr. de Ph. D. Pierre, Paris, 179?.

[5] Son aún muchas las democracias contemporáneas en las que la reforma constitucional no lleva aparejada una consulta popular por medio del referéndum. En este sentido, cabe destacarse tanto los EE.UU. (art. 5) como Alemania (art. 79) a nivel federal (aunque las constituciones estatales de ambos países sí prevén el referéndum constitucional como mencionamos en el texto principal); Canadá (arts. 38-49), Bélgica (art. 195), México (art. 135), Argentina (art. 30) Brasil (art. 60), Finlandia (art. 73), Noruega (art. 121), Países Bajos (arts. 137-152), Grecia (art. 110). Hungría (arts. S y 8.3.*a*) y Portugal (art. 286).

[6] E. Sáenz Royo, «Propuestas de una regulación adecuada del referéndum desde la teoría de la democracia representativa y desde la práctica del Derecho comparado», en Sáenz Royo, E. y Garrido López, C. (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 164.

definitiva, en términos teóricos no es obligatoria la existencia de un referéndum constitucional.

Ahora bien, ello no significa que esta modalidad de referéndum carezca de cualquier funcionalidad dentro del sistema constitucional. En efecto, más allá de su indudable función legitimadora —al materializar mejor de forma plástica que el poder constituyente reside en el pueblo[7]—, la idea de rigidez constitucional se ve acentuada con la presencia de este instrumento de participación política directa[8].

El segundo periodo relevante para la figura del referéndum se inicia a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en la Constitución suiza y en algunas Constituciones estatales de los Estados Unidos y nos interesa mucho más a los efectos de este trabajo. En ellas, se incorpora el referéndum a las tareas propias de los poderes ordinarios, como un mecanismo más del sistema de *checks and balances.* A partir de entonces, se atribuye al referéndum una doble misión de contrapeso y control de las instituciones representativas: la primera, de naturaleza potencialmente positiva, tendente a dinamizar la vida de las instituciones políticas, enfrentar la pasividad o indiferencia de los legisladores hacia materias concretas y, en su caso, favorecer el desbloqueo entre órganos que están llamados a conformar la voluntad colectiva; la segunda función, de tipo negativo, encaminada a controlar o compensar democráticamente los resultados de los procesos parlamentarios por los que habitualmente discurre la formación de la voluntad popular[9].

La extensión de estos instrumentos de participación política directa se produce tras la Primera Guerra Mundial mediante su incorporación a los textos constitucionales de Weimar, Austria, Irlanda, Checoslovaquia, España, etc.[10], en los que se refleja, por tanto, una concepción del referéndum como instrumento complementario y moderador en las democracias representativas.

---

[7] L. Aguiar de Luque, «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento español», *op. cit.*, p. 71.

[8] P. Cruz Villalón, «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», *Revista de Estudios Políticos,* núm. 13, 1980, p. 165.

[9] J. L. Cascajo Castro, E. García, J. Oliver Araujo e I. Torres Muro, «Encuesta sobre el referéndum», *op. cit.*, p. 16 y C. Garrido López, «La iniciativa popular de referéndum», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, p. 319.

[10] Merece la pena mencionar que en esta época se genera un intenso debate sobre la compatibilidad del referéndum con el sistema parlamentario, publicado en los volúmenes de los años 1930-1932 del *Annuaire de l'Institut International de Droit Public* y de la *Revue de Droit Public*. Destaca el enfrentamiento de Carré de Malberg, para quien los mecanismos de democracia directa sirven para reafirmar la definición de la ley como expresión de la voluntad general y retomar la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, con Mirkine-Guetzevitch, quien por el contrario veía en estas instituciones un peligro para la libertad y una contradicción evidente con la evolución del parlamentarismo, cuya tendencia es la identificación entre legislativo y ejecutivo a través de la mayoría parlamentaria.

En la actualidad, aunque no sean demasiados, podemos hallar ejemplos de esa dimensión positiva del referéndum en la práctica constitucional comparada. Así, encontramos un referéndum de iniciativa popular para incorporar en la agenda política temas nuevos o que se resisten a tratar los Parlamentos en la mayoría de las constituciones estatales de los Estados Unidos, en todas las Constituciones de los *Länders* alemanes así como en los estatutos de segunda generación de las regiones de Calabria, Campania, Cerdeña, Friuli-Venecia Julia, Lacio y Valle de Aosta[11]. También en el art. 78 de la Constitución letona. En Hungría, se convoca este tipo de referéndum bien automáticamente a iniciativa de al menos 200.000 electores o bien con el concurso de la mayoría absoluta de la Asamblea, si lo solicitan al menos 100.000 electores (art. XXII.8.1 de la Constitución). Mientras que en otros países se restringe esta iniciativa popular de referéndum a la posibilidad de impulsar uno sobre cuestiones políticas de transcendencia nacional (por ejemplo, art. 225 de la Constitución portuguesa[12]; art. 35.VIII. de la Constitución mexicana; art. 125 de la Constitución polaca; y arts. 9 y 20.*d* de la Ley 1757 de 6 de julio de 2015 en Colombia).

Francia introdujo en 2008 un referéndum propositivo de leyes de iniciativa compartida bastante singular. Debe partir de una quinta parte de los miembros de la Asamblea Nacional (185 diputados y/o senadores sin la exigencia de un mínimo de miembros de cada Cámara), apoyada por una décima parte del cuerpo electoral (casi cinco millones de firmas), debiendo celebrarse solo si la propuesta legislativa no ha sido examinada por la Asamblea en el plazo determinado por la ley orgánica (art. 11). La enorme complejidad del procedimiento unida al elevado número de firmas exigidas y a los sucesivos plazos que se han introducido para la verificación del cumplimiento de los requisitos por el Consejo Constitucional y para expresar el apoyo popular (un mes en cada caso), la recogida de firmas (nueve meses) y el examen

[11] Nos estamos refiriendo aquí solo a la iniciativa popular del referéndum propositivo de leyes. Para mayor detalle de cómo se ejerce este tipo de iniciativa popular de referéndum, que puede ser directa (presentación de un texto legislativo para su aprobación popular) o indirecta (presentación de un texto legislativo para su deliberación y aprobación parlamentaria y, en caso de no ser aceptado en un plazo determinado, someterlo a referéndum, a veces junto con una contrapropuesta parlamentaria) puede verse el trabajo de C. GARRIDO LÓPEZ, *op. ult. cit.*, pp. 319-327.

[12] El referéndum nacional previsto en el art. 225 de la Constitución portuguesa tiene la singularidad de que, aunque su objeto sea una cuestión que debe ser decidida por el Parlamento o por el Gobierno mediante un acto legislativo o una convención internacional y su eficacia sea vinculante, su naturaleza es meramente política porque no se trata de proponer, ratificar o derogar un texto normativo, sino que este será elaborado por el órgano correspondiente en un plazo breve —90 días la Asamblea o 60 días el Gobierno— en el caso de aprobarse el referéndum. Puede verse J. MIRANDA, «O referendo e o plebiscito: la expériencia portuguesa», *Cuestiones constitucionales,* núm. 19, 2008, pp. 165-168.

parlamentario (seis meses), no le augura un futuro muy exitoso a esta modalidad referendaria[13].

Señalamos que la segunda manifestación de la dimensión positiva del referéndum se produce cuando se acude a la consulta popular como un instrumento de desbloqueo de las instituciones representativas. Ese es el sentido del referéndum previsto en el art. 26 de la Constitución islandesa que queda convocado de manera automática cuando el Presidente de la República veta un proyecto de ley aprobado por el Parlamento. Ha sido utilizado en 2009 y 2011 tras el veto presidencial a dos leyes con las que se pretendía que el Estado asumiera la quiebra de una de sus entidades bancarias, asunción que fue rechazada en las dos ocasiones por el electorado. Mientras que en Letonia podríamos incluir dentro de esta categoría dos modalidades de referéndum previstas en la Norma fundamental. El primer tipo se convoca automáticamente como respuesta a la decisión del Presidente de la República de disolver la *Saeima* (art. 48 de la Constitución). El segundo tiene lugar si, tras el veto presidencial de las leyes aprobadas por la *Saeima* para un periodo de dos meses, lo solicita al menos una décima parte del electorado (art. 72 de la Constitución).

También podríamos atribuirle ese alcance positivo al referéndum consultivo en la medida que se trata de un mecanismo que puede contribuir a la definición de la voluntad popular dentro de las instituciones representativas. Aunque, debido a su naturaleza política y su carácter no vinculante, sus resultados deban ser interpretados por las autoridades en orden a la forma concreta en que deban implementarse en el ordenamiento jurídico[14]. Recoge el referéndum consultivo de iniciativa gubernamental y aprobación parlamentaria sobre cuestiones de especial transcendencia la Constitución griega (art. 44.2). Mientras que las Constituciones sueca (art. 2.5 del Capítulo 8 del Instrumento de Gobierno) y finlandesa (art. 53) reservan al Parlamento la decisión de celebrar cada referéndum consultivo a través de una ley, así como la formulación de la pregunta o preguntas a someter al electorado y la fijación de la fecha de la votación[15].

---

[13] Igual de pesimista se muestra F. Hamon, «Le référendum d'initiative partagée sera bientôt opérationnel mais l'on s'interroge encore sur son utilité», *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 98, 2014, especialmente pp. 263-268.

[14] Para una visión más extensa de la función complementaria del referéndum consultivo como un procedimiento más que puede llevar a la formación de la voluntad colectiva dentro de las instituciones, puede verse C. Invernizzi Accetti y G. Oskian, «What is a consultative referendum? The democratic legitimacy of popular consultations», *Perspectives on Politics*, vol. 20, núm. 1, 2020, especialmente, pp. 128-131.

[15] Al haberse introducido también la iniciativa legislativa popular en Finlandia en 2012, el referéndum consultivo puede cumplir también la función de introducción de temas en la agenda política. Así ha ocurrido recientemente con la presentación, a raíz de la invasión rusa de Ucrania, de un proyecto de ley de referéndum para la incorporación de Finlandia a la OTAN avalado por

Este último modelo, el de convocatoria del referéndum consultivo a través de una ley *ad casum*, se sigue también en otras democracias en las que, pese a que la Constitución no prevé el referéndum consultivo, sin embargo, se ha utilizado ocasionalmente sobre cuestiones de relevancia política. Así ocurre, por ejemplo, en Noruega, que ha celebrado dos referéndums sobre la adhesión a la Unión Europea en 1972 y 1992 con resultado negativo, o en Reino Unido sobre la permanencia en la CEE en 1975, la devolución de competencias a Escocia o Gales en 1997 y en 2010 respectivamente, la modificación del sistema electoral en 2012 y la independencia de Escocia en 2014.

Por último, en Islandia, aunque la Constitución regula varias modalidades de referéndum que operan como instrumento de desbloqueo de las instituciones representativas, no lo hace respecto al referéndum consultivo. Este se encuentra recogido en la Ley sobre la celebración del referéndum núm. 91/2010 y, de momento, se ha utilizado solo en 2012 para preguntar a los ciudadanos si querían que se reformase la Constitución según las propuestas efectuadas por el Consejo Constitucional[16].

Por otro lado, decíamos que el referéndum también podía cumplir una función negativa o de control de decisiones previamente adoptadas por las instituciones representativas, actuando como una suerte de «derecho de veto» del cuerpo electoral sobre las disposiciones normativas. Nos estamos refiriendo en este caso a los referéndums ratificatorios de leyes aprobadas y aún no sancionadas y a los abrogatorios de leyes en vigor. Estos tipos de referéndum también encuentran acogida en la práctica comparada.

En este sentido, el referéndum para la ratificación de leyes aún no sancionadas está previsto en todos los *Länder* alemanes a iniciativa de un porcentaje de inscritos en el censo electoral correspondiente y, en este mismo nivel estatal, en los Estados Unidos a solicitud de una fracción de electores, bien calculada sobre el censo electoral vigente, bien sobre el porcentaje de participación de las últimas elecciones. En Eslovenia, puede celebrarse si lo solicitan 40.000 ciudadanos (art. 90 de la Constitución) y en Dinamarca se activa a petición de un tercio de los miembros del *Folketing* (arts. 42.1 de la Constitución). Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones se exige una decisión mayoritaria; en Grecia la decisión corresponde a los tres quintos del Parlamento si lo

---

más de 76.000 firmas. No obstante, finalmente se acordó la anexión sin necesidad de celebrar el referéndum en mayo de 2022.

[16] También sin anclaje constitucional expreso, en los Países Bajos se estableció el referéndum propositivo para la adopción de decisiones de especial transcendencia a instancia de 300.000 ciudadanos por medio de la Ley de Referéndum consultivo de 2015. El único referéndum celebrado en los Países Bajos de acuerdo con esta ley tuvo lugar en abril de 2016, cuando el 61 por 100 de los ciudadanos votó en contra del acuerdo de asociación de la Unión Europea con Ucrania. Veremos más adelante que en 2018 se derogó esta ley de referéndum.

solicitan dos quintos de sus miembros (art. 44.5 de la Constitución); en Irlanda se convoca a iniciativa conjunta de la mayoría del Senado y de un tercio de los miembros de la Cámara de Representantes (art. 27 de la Constitución); en Austria, si lo pide la mayoría de miembros del Consejo Nacional (art. 43 de la Ley Constitucional Federal) y en Francia, a propuesta del Gobierno o de forma conjunta por ambas Cámaras (art. 11 de la Constitución).

En cuanto al referéndum abrogatorio o de derogación de leyes, se encuentra previsto a nivel estatal en los Estados Unidos, a instancia del Gobierno o de los ciudadanos, y en algunos países iberoamericanos, por ejemplo, a iniciativa de un 10 por 100 del censo electoral en Colombia (art. 170 de la Constitución) o del 25 por 100 en Uruguay (art. 79 de la Constitución). Pero sin duda, son Suiza e Italia los países en los que se ha utilizado con mayor profusión esta modalidad de referéndum tanto a nivel nacional como cantonal o regional. En la Constitución federal Suiza se articula desde 1874 como referéndum facultativo sobre leyes, disposiciones federales o determinados tratados internacionales que pueden solicitar en los cien días siguientes a su publicación ocho cantones o 50.000 ciudadanos (art. 141 de la Constitución). En Italia, el referéndum abrogatorio puede tener por objeto leyes o actos con fuerza de ley y se celebra a iniciativa de 500.000 electores o de cinco consejos regionales (art. 75.2 de la Constitución). En este último país debe mencionarse que, a partir de los años noventa, se ha venido consolidando una práctica de «manipulación» de los textos legislativos, avalada por la jurisprudencia constitucional, en la que los electores se transforman en legisladores alternativos innovando el ordenamiento jurídico a través de una cuidadosa selección de los textos a derogar (palabras sueltas, párrafos o partes de la ley)[17]; lo que, en definitiva, supone alterar la naturaleza del referéndum abrogativo, asumiendo una dimensión propositiva.

En resumidas cuentas, ya desde el periodo de entreguerras los argumentos favorables al referéndum han tendido a presentarlos como medios para asegurar la conformidad entre las decisiones de las instituciones públicas y la voluntad popular, como un mecanismo de desbloqueo o de control de su actuación y cuando su iniciativa corresponde a una fracción exigua del Parlamento o a un número limitado de entidades subestatales, a la protección de las minorías o de los intereses territoriales[18].

---

[17] G. Rolla, «Las dinámicas entre el referéndum, las instituciones de democracia representativa y los partidos», en Biglino Campos, P. (coord.), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, Madrid, CEPC, 2016, pp. 225-227 y, muy crítico en las conclusiones, A. Morrone, *La Repubblica dei referéndum. Una storia costituzionale e política (1945-2022)*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 534-542.

[18] Además de en los casos que hemos venido citando en el texto principal para los referéndums ordinarios, estos tipos de iniciativa de referéndum se encuentran también presentes en el referéndum constitucional. Así, por ejemplo, en Italia se concede la potestad de iniciar la

No puede obviarse, sin embargo, que estas mismas modalidades de referéndum han sido utilizadas como un instrumento en manos gubernamentales o de formaciones populistas para enfrentarse a las instituciones representativas, oponerse a las decisiones de instancias supranacionales, desconocer los derechos de las minorías y, paradójicamente, para sortear el sistema de *checks and balances* fijado en el marco constitucional mediante la *appellatio ad populum*[19]. Los ejemplos que nos resultan más cercanos son el referéndum que instó el Presidente griego Tsipras en julio de 2015 (con claro desapego a los plazos y formas necesarios al celebrarse tan sólo una semana después de su convocatoria) sobre el memorándum de la llamada *troika* del Banco Central Europeo. Este referéndum fue sobre todo un instrumento de presión en la negociación con las instituciones europeas, canalizando en su figura el apoyo popular[20]. Este mismo empeño de personalización de los resultados del referéndum, y por tanto de utilización plebiscitaria del mismo, incitando desde el ejecutivo el sentido de la votación, estuvo presente también en el referéndum del Brexit convocado por James Cameron en Reino Unido en junio de 2016 como vía para resolver tensiones internas del partido conservador, y en el impulsado por Mateo Renzi sobre el proyecto de reforma constitucional de diciembre del mismo año[21]. Aunque el órdago en ambos casos provocó la dimisión del ejecutivo tras el rechazo de la postura gubernamental por los ciudadanos.

En abril y en octubre de 2016, se celebraron sendos referéndums cuyo objeto principal era cuestionar nuevamente decisiones adoptadas por la Unión Europea. El primero, celebrado en Países Bajos, tuvo su origen en una iniciativa ciudadana de varios grupos euroescépticos, apoyados por más de 300.000 firmas (que es el número requerido por la Ley de referéndum consultivo de 2015) y manifestó lo que en principio pudiera parecer un amplio rechazo (casi el 62 por 100 de los votantes) al acuerdo comercial de asociación entre Ucrania y la Unión

---

reforma constitucional a cinco consejos regionales o a un quinto de los miembros de la Cámaras (art. 138 de la Constitución); en Suecia, a un tercio de los miembros del *Riskdag* a partir de una moción presentada por un décima parte de los diputados de esta Cámara (art. 16 del Capítulo 8 del Instrumento de Gobierno); en Polonia, para determinadas partes de la Constitución consideradas valiosas, es posible un referéndum facultativo a instancia de un quinto de los diputados (art. 235.6 de la Constitución); en Austria, el referéndum facultativo en caso de reforma parcial de la Constitución puede instarse por un tercio de los miembros de alguna de las Cámaras (art. 44.3 de la Constitución).

[19] Analiza muy bien este fenómeno G. Martinico, *Filtering populist claims to fight populism: the Italian case in a comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, especialmente pp. 99-123.

[20] Puede verse I. Martín Cortés, «El referéndum del "NO" en Grecia: una consulta de dimensiones internacionales», en Biglino Campos, P. (coord), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa, op. cit.*, pp. 237-266.

[21] En igual sentido, para el Brexit, J. M. Castellá Andreu, «El referéndum del Brexit: una historia inacabada», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, especialmente pp. 313-314 y sobre el referéndum de Renzi, A. Morrone, *La Repubblica dei referéndum, op. cit.*, pp. 453-460.

Europea, que ya había sido previamente ratificado por las Cámaras. No obstante, los resultados del referéndum podían relativizarse por la baja participación (en torno al 32 por 100) que obedecía, entre otras cuestiones, a la instrumentalización del referéndum por sus promotores —para quienes lo importante no era el acuerdo, sino mostrar oposición a la UE— y el carácter no vinculante del resultado. Nos extendemos en las consecuencias de este referéndum porque llevó a replantear la virtualidad del referéndum consultivo, derogándose en 2018 la ley que lo hacía posible. Fue la primera vez y la última que se puso en práctica. El segundo de estos referéndums, contra la cuota de refugiados que debía acoger Hungría, se celebró a instancias del gobierno ultraconservador de Viktor Orban, que realizó campaña contra dicha cuota. Peligroso también, en cuanto a su clara connotación discriminatoria dirigida contra la minoría LGTBI, ha sido el reciente referéndum de abril de 2022 también auspiciado por el gobierno de Orban sobre los contenidos de la ley que prohíbe hablar sobre homosexualidad y cambio de sexo en las escuelas. Ambos referéndums húngaros, pese a la abultado de la victoria de las propuestas gubernamentales (cerca del 92 por 100 de los votantes en los dos) carecieron de efectos vinculantes por no haberse superado el *quorum* de participación del 50 por 100 exigido por la Constitución.

Finalmente, tenemos que mencionar los referéndums de reforma constitucional celebrados, en un contexto de limitación de libertades y garantías por la declaración del estado de emergencia, en Turquía en abril de 2017, impulsado por el Presidente Erdogan, y en Túnez, en julio de 2022, a propuesta del presidente Kais Said. Las dos reformas propugnan un cambio a un modelo presidencial, aumentando sus poderes y debilitando el sistema de controles democráticos.

No se trata de un fenómeno nuevo, ya en el debate de entreguerras al que antes hemos aludido se pusieron en evidencia los problemas anudados al referéndum. Desde entonces, los argumentos en contra de los referéndums han tendido a enfatizar su simplificación de cuestiones complejas, el hecho de que pueden suponer una amenaza para los derechos de las minorías y, especialmente, la tendencia a su manipulación por las élites para reforzar su posición de poder de forma plebiscitaria[22]. Sin embargo, no se trata de riesgos exclusivos del referéndum que no puedan ser o no hayan sido predicados de las instituciones representativas. Y es que, lejos de mitificar las instituciones de participación política directa, los referéndums no son la expresión más pura

[22] Por todos, podemos citar, S. Tierney, *Constitutional Referendums*. *The theory and practice of republican deliberation,* Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 23; P. Taillon, *Le referendum expression directe de la souveraineté du peuple*? *Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Paris, Dalloz, 2012 y C. Offe, «Referendum vs. institutionalized deliberation: What democratic theorists can learn from the 2016 Brexit decision», *Daedalus*, núm 146 (3), 2017, pp. 14-27.

de la voluntad popular (democracia de identidad), sino un mecanismo más para dar cauce a esa expresión cuya virtualidad en orden a mejorar o inhibir la democracia puede depender más de la forma específica en que se diseñan y se llevan a cabo que de cualquier característica general del concepto de referéndum en sí[23].

Partiendo de esta premisa, en las páginas que siguen nos proponemos analizar el papel que hasta el momento ha cumplido el referéndum en la práctica constitucional española (2) y, a la luz de la práctica comparada y las recomendaciones de organismos internacionales, en especial la Comisión de Venecia[24], valorar si es viable una reforma de su regulación que profundice en su función de instrumento de contrapoder de las instituciones representativas (3).

2. EL PAPEL ESCASAMENTE RELEVANTE DEL REFERÉNDUM EN NUESTRO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Para poder considerar al referéndum como un instrumento de contrapoder sería preciso que fuese no solo un medio para conocer la opinión pública sino, sobre todo, dentro de la división de poderes, un mecanismo para contrapesar y controlar las instituciones representativas. Eso, en palabras de Eloy García, implicaría que las instituciones de democracia semidirecta, como el referéndum, «coadyuven bien a controlar y a compensar el proceso por el que discurre la decisión colectiva, bien a permitir que ésta se forme, se manifieste, que la producción de la voluntad llegue a buen fin, cuando los órganos que deben construirla se encuentren bloqueados por conflictos o intereses manifiestamente irreductibles»[25].

Sin embargo, una lectura atenta de nuestra norma fundamental nos permite constatar *prima facie* el carácter residual otorgado por el constituyente al referéndum. La Constitución española, en su art. 23, en línea con lo que hemos visto que sucede en la práctica comparada, introduce un sistema de participación política en el que los ciudadanos no sólo actuarán de manera indirecta a través de representantes en la adopción de decisiones públicas, sino que también pueden participar de manera directa. Sin embargo, el tratamiento dado después al referéndum demuestra claramente la preferencia del constituyente por un modelo de democracia representativa que se manifiesta sobre todo en

---

[23] *Vid*., C. Invernizzi Accetti y G. Oskian, «What is a consultative referendum? The democratic legitimacy of popular consultations», *op. cit.*, p. 125.

[24] Directrices revisadas sobre la celebración de referendos de la Comisión de Venecia, CDL-AD(2020)031.

[25] J. L. Cascajo Castro, E. García, J. Oliver Araujo e I. Torres Muro, «Encuesta sobre el referéndum», *op. cit.*, p. 16.

el hecho de que el referéndum se prevé en contadas ocasiones, pero también en que el papel que se reserva a la ciudadanía por la norma fundamental es meramente pasivo, consistente únicamente en la aceptación o rechazo de una propuesta formulada siempre por las instituciones representativas (referéndum *desde arriba*)[26].

En este sentido, podemos comprobar como solo se encuentra previsto el referéndum obligatorio para la revisión total de la Constitución y para la reforma de determinadas partes de la Constitución (art. 168 CE), para la ratificación de la iniciativa autonómica de la vía rápida (art. 151.1 CE), para la aprobación y reforma de los Estatutos aprobados por esta misma vía (art. 151.2 y 152.2 CE) y para la ratificación de la iniciativa de una hipotética incorporación de Navarra al País Vasco (Disposición Transitoria 4.ª CE). Con carácter facultativo, se establecen además el referéndum sobre la reforma del resto de partes la Constitución a instancia de una décima parte de los miembros del Congreso de los Diputados o del Senado (art. 167 CE) y el referéndum consultivo sobre cuestiones políticas de especial transcendencia, en manos del Presidente del Gobierno, aunque necesita la autorización del Congreso de los Diputados (art. 92 CE). Singular importancia tendrá en el posterior desarrollo de esta figura una norma de reparto competencial, el art. 149.1.32.ª CE que reserva al Estado la autorización de cualquier consulta popular por vía de referéndum, como veremos. A diferencia de lo que ocurría en el Anteproyecto de la Constitución, no se prevé ningún tipo de referéndum legislativo: ni el de ratificación de leyes previas a su sanción ni el abrogativo de leyes en vigor. Lo cual refleja claramente que este margen tan estrecho dejado al referéndum fue una opción buscada por el constituyente, como se demuestra a lo largo de la tramitación parlamentara de la Constitución en la que no sólo fueron desapareciendo modalidades de referéndum sino también sujetos legitimados para ponerlo en marcha (las Cámaras, tres Asambleas de los territorios autónomos y para el referéndum abrogativo, setecientos cincuenta mil electores). Pesaron mucho en el debate sobre el papel de las instituciones de democracia directa su utilización plebiscitaria por el régimen franquista y, ante su ausencia en esa etapa, la necesidad de consolidar un modelo tradicional de parlamentarismo representativo articulado sobre unos partidos políticos fuertes[27].

---

[26] Desde el trabajo de F. Hamon, *Le référendum. Étude comparative,* Paris, LGDJ, 1995, pp. 22-29, la doctrina francesa lo define de forma muy gráfica como *référendum d'en haut,* proveniente siempre del impulso de las instituciones parlamentarias, gubernamentales o de otras autoridades públicas, por oposición al *référendum d'en bas*, organizado a partir de una iniciativa popular.

[27] *Vid*. las intervenciones de Óscar Alzaga y José Pedro Pérez-Llorca (UCD), Gregorio Peces-Barba Martínez (PSOE) y Jordi Solé Turá (PC) en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades públicas del Congreso en *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, Madrid., Cortes Generales, vol. II, 1980, pp. 1309-1310, 1312-1313, 1314-1316 y 1317-1318 (referéndums sobre decisiones políticas de especial trascendencia, referéndum legislativo y

También es sintomático del escaso interés que ha despertado con carácter general el referéndum en nuestro régimen constitucional el hecho de que, en un país caracterizado por la inflación legislativa, apenas se haya aprobado la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de modalidades de referéndum previstas en la Constitución (LOMR). Una ley que se tramitó de manera apresurada casi sin proceso de reflexión, con el objetivo principal de regular (y reformar en abierta contradicción con el texto constitucional, al no alcanzarse la mayoría necesaria en Almería[28]) el procedimiento de iniciativa autonómica andaluza y, desde entonces, no ha sufrido más modificaciones. Precisamente por ello, se muestra como una ley insuficiente que necesita ser complementada en todo el procedimiento de organización de la votación y de expresión de los sufragios por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG). Es más, destaca no solo el laconismo en la regulación de todo el procedimiento referendario sino sobre todo por las facilidades existentes para su posible utilización plebiscitaria, por la inexistencia de controles en cuestiones fundamentales, como la claridad y neutralidad de la pregunta, el papel del ejecutivo en la campaña institucional y el monopolio de los partidos, únicos sujetos habilitados para realizar campaña, participar en el reparto de los espacios electorales gratuitos y obtener financiación pública en función de su representación parlamentaria[29]. Esta articulación por medio exclusivamente de los principales protagonistas de las instituciones representativas —el Gobierno que lo convoca y los partidos políticos— se compadece mal con el carácter directo de la institución del referéndum y contrasta con el carácter más abierto hacia las organizaciones de la sociedad civil ya sean permanentes ya creadas incluso *ad hoc* para la defensa de una determinada posición respecto de la cuestión que se somete a la consideración de los ciudadanos, presente en la práctica comparada. Así, por ejemplo, en Portugal, Canadá, Italia, Irlanda o Reino Unido, se forman dos bloques o comités de apoyo al *sí* o al *no* a los que pueden adscribirse no solo los partidos sino también otras agrupaciones preexistentes o creadas *ad hoc* en materia de la consulta, estableciéndose una participación en la campaña, espacios electorales o financiación igual para cada uno de los bloques.

Han sido las pocas ocasiones en que se ha puesto en práctica alguna de estas modalidades de referéndum previstas en la Constitución,

---

referéndum abrogativo) y pp. 1731-1732 (referéndum constitucional) y en el Pleno del Congreso *Ibid.,* pp. 2264-2266 (referéndums sobre decisiones políticas de especial trascendencia, legislativo y abrogativo).

[28] Por todos, A. Porras Nadales, «El referéndum de iniciativa autonómica del 28 de febrero en Andalucía», *Revista de Estudios Políticos,* núm. 15, 1980, p. 176.

[29] Sobre el papel de los partidos políticos en el referéndum pueden verse C. Aguado Renuedo, «Referéndum, partidos y participación popular», en Biglino Campos, P. (coord), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, *op. cit*, pp. 43-64 y las «Conclusiones y propuestas», expresadas por Paloma Biglino en la misma obra, pp. 392-396.

pero en ellas, se han revelado de manera evidente estas carencias de la LOMR. La mayoría de las veces, siete en total, se ha tratado de referéndums insertados en la implantación y desarrollo del proceso autonómico en las comunidades autónomas de la *vía rápida*, cuya funcionalidad, como se denunció desde el primer momento por la doctrina ha sido más la de dar rigidez u obstaculizar la utilización de esta vía de acceso al máximo nivel de autonomía[30] (iniciativa autonómica de Andalucía en 1980; aprobación de Estatutos de Autonomía del País Vasco en 1979, Cataluña en 1979, Galicia en 1980 y Andalucía en 1981; y reforma de los Estatutos de Cataluña en 2006 y Andalucía en 2007). Singularmente, puede comprobarse en el referéndum de acceso a la autonomía de Andalucía. El gobierno central no era partidario de la utilización de la vía rápida en este caso y ello se reflejó en la formulación de la pregunta, ininteligible y discriminatoria por lo farragoso de la redacción, que no incluía ni siquiera la mención a Andalucía ni al acceso a la autonomía[31]: «¿Da usted su acuerdo a la ratificación de la iniciativa prevista en el artículo ciento cincuenta y uno de la Constitución a efectos de la tramitación por el procedimiento establecido en dicho artículo?». A ello se sumó que, a diferencia de lo ocurrido en los referéndums anteriores, de aprobación de los Estatutos del País Vasco y de Cataluña, las fuentes de financiación pública de la campaña fueron mucho más limitadas, que se prohibió la contratación de publicidad del referéndum en los medios de comunicación estatales, de manera que los partidarios del sí no pudieron defender su postura en la única cadena televisiva existente y, finalmente, el propio eslogan defendido tanto por el partido de la UCD como desde instancias gubernamentales: «Andaluz, no te dejes engañar. Este no es tu referéndum».

En las otras dos ocasiones restantes, se ha activado el referéndum consultivo del art. 92 CE y también son ejemplo de ese riesgo de utilización *desde arriba*. Se trata de los referéndums sobre la permanencia en la estructura militar de la OTAN, de 12 de marzo de 1986 y sobre el Proyecto de Tratado de Constitución europea, de 20 de febrero de 2005. En el primer caso, es muy clara la orientación a la respuesta del electorado en la propia convocatoria, que comienza diciendo: «El Gobierno considera conveniente, para los intereses nacionales, que España permanezca en la Alianza Atlántica, y acuerda que dicha permanencia se establezca en los siguientes términos […]» y seguidamente, se formula la pregunta: «¿Considera conveniente para España permanecer en la Alianza Atlántica en los términos acordados por el Gobierno

[30] Así lo dejaron apuntado J. De Esteban y L. López Guerra, *El régimen constitucional españo*l, Barcelona, Labor, 1982, p. 360.

[31] Eso mismo denunciaron las autoridades autonómicas y la oposición. *Vid*., «La pregunta del referéndum es ininteligible y discriminatoria», *Diario 16*, 29-01-1980, accesible en *https://www.march.es/es/coleccion/archivo-linz-transicion-espanola/ficha/--linz:R-2328* (última consulta realizada el 10 de marzo de 2023).

de la Nación?». En el referéndum sobre la Constitución europea, la inducción venía del eslogan utilizado en la campaña informativa: «Los primeros con Europa». La Junta Electoral ordenó retirar este lema por su capacidad de influencia en el voto de los ciudadanos y dictó la Instrucción 2/2005, sobre la campaña de información que pueden realizar los poderes públicos sobre el Tratado de la Unión Europea. En ella, se suple una omisión muy importante de la LOMR sobre el papel que deben adoptar los poderes públicos en la información sobre el objeto del referéndum[32]. Se establecen varias cuestiones importantes: primera, la posibilidad para la Administración convocante de realizar una campaña institucional de igual contenido que la prevista en el art. 50 de la LOREG (informar de la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo); segunda, la posibilidad de compatibilizar esta campaña con otra de información sobre el objeto de la consulta (en este caso sobre el Tratado de la Unión Europea). Tercera, la habilitación a todas la Administraciones (poderes de naturaleza nacional, autonómica y local, dice el texto) para realizar esta última campaña informativa. Cuarta, la obligación de neutralidad en la transmisión de cualquier información, de manera que sea objetiva y no induzca de manera directa o indirecta al voto[33].

Pero, sin lugar a dudas, la cuestión más controvertida en nuestra práctica constitucional del referéndum tiene que ver con la interpretación legal y jurisprudencial tan restrictiva que se ha hecho de la cláusula competencial del art. 149.1.32.ª CE. Legalmente, porque la LOMR prevé su aplicación a todo tipo de consultas populares celebradas *por vía de referéndum*. Esto engloba no solo las modalidades de referéndum previstas en la Constitución sino a todas las que pudieran establecerse por ley, con independencia de la entidad territorial que las creara: referéndum estatal, autonómico y local[34].

Solo las consultas populares locales se encuentran previstas en la LOMR, aunque únicamente para diferir su regulación a la legislación de régimen local y exigir de manera expresa la autorización previa del Estado. Esta regulación se ha producido por el art. 71 de la Ley 7/1985,

---

[32] Se trata de una cuestión controvertida en Derecho comparado. En Reino Unido, Irlanda y Suiza se establece la obligación de informar sobre los argumentos a favor o en contra de la decisión o norma. Sin embargo, mientras que en Suiza corresponde al ejecutivo la redacción del folleto informativo, en Reino Unido o Irlanda debe hacerlo el Comité independiente que supervisa el procedimiento. En Irlanda o Portugal se exige la neutralidad de los poderes públicos mientras que, en Suiza o Reino Unido, pueden manifestar su apoyo a alguna de las posturas.

[33] Doctrina que también se aplicó en el referéndum sobre la reforma del Estatuto de Andalucía en 2007, anulando el lema «Muy nuestro», por orientar el sentido del voto (Acuerdo de 25 de enero de 2007).

[34] En otra parte ya me pronuncié de lo problemático e inconsistente de trasladar esta autorización a todas las modalidades referendarias que, en puridad, debería quedar reducida al marco de las relaciones Estado-Comunidades Autónomas. *Vid*. M. R. Pérez Alberdi, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013, p. 243.

de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) y la legislación local de algunas Comunidades Autónomas. Se trata de un referéndum consultivo no vinculante sobre asuntos de competencia propia municipal que sean de especial relevancia para el interés de los vecinos, excluyéndose los relativos a la Hacienda Local. Se celebra a instancias del alcalde o de los vecinos y previa aprobación por mayoría absoluta del Pleno de la correspondiente corporación municipal.

El balance de su aplicación demuestra también su escasa utilización en los casi cuarenta años de vigencia de la ley. Poco uso que puede imputarse de nuevo a los requisitos establecidos legalmente —aprobación por mayoría absoluta del pleno y sobre todo a la autorización estatal—unido a una interpretación restrictiva que tanto el Gobierno como el Tribunal Supremo han dado a la exigencia legal de que la consulta verse sobre asuntos de competencia propia municipal[35]. Las cifras no dejan lugar a la duda. Desde 1986 hasta febrero de 2023, los municipios han solicitado 169 consultas, de las cuales se autorizaron 82 (poco más del 48 por 100) y se denegaron 87, aunque hay que tener en cuenta que de las autorizadas no se celebraron todas porque el Ayuntamiento desistió en más de una decena de ocasiones pese a contar con la autorización del Consejo de Ministros.

Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas[36], no ha sido hasta fecha relativamente reciente cuando se han producido los primeros intentos de regulación del referéndum autonómico[37]. Y decimos intentos porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional los ha ido declarando inconstitucionales sobre la base de la falta de competencia autonómica para regular la institución del referéndum y del papel que debe ocupar la LOMR. Lo cual ha resultado cuando menos controvertido porque once comunidades autónomas asumen competencias en

---

[35] En igual sentido, *vid*., Fernández Ramos, «Las consultas populares mediante votación en Andalucía», en Castillo Blanco, F. A. *et al.* (dirs.), *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II). Smart regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Sevilla, IAAP, 2022, p. 161.

[36] Solo podemos dar brevemente cuenta en estas páginas de la problemática generada por la figura del referéndum autonómico. Para una visión completa, puede verse la obra colectiva de Garrido López, C. y Sáenz Royo, E. (coords.), *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

[37] Son la Ley vasca 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política; las Leyes catalanas 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum y 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. Además, se aprobó en Canarias el Decreto 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, con objeto de celebrar una consulta sobre las prospecciones petrolíferas,

materia de consultas populares autonómicas y/o locales en sus estatutos de autonomía[38].

No puede obviarse el contexto en el que se produce esa regulación, ligado a la celebración de referéndums secesionistas en el País Vasco y Cataluña, lo que, sin duda, ha condicionado inexorablemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tampoco puede olvidarse que lo que pretendían las autoridades autonómicas es demostrar que nos hallábamos ante una mera consulta y no ante un referéndum para así poder eludir la exigencia constitucional de autorización estatal, que no se requiere para toda consulta sino solo para aquellas que se realizan *por vía de referéndum.*

Por eso, la primera tarea que tuvo que abordar el Tribunal Constitucional fue la de la definición del referéndum, por oposición al resto de consultas populares. En este sentido concluye que lo que singulariza al referéndum es que se trata de una llamada directa a la comunidad política (*appellatio uti cives*), expresivo del interés general y que constituye una de las formas de ejercicio del derecho fundamental de participación política del art. 23 CE. Es precisamente, la propia naturaleza de los derechos de participación política, lo que exige envolver al referéndum de una serie de garantías orgánicas y procedimentales que permitan asegurar la correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la votación: la inscripción en el censo electoral, la presencia de una Administración electoral que vele por la transparencia y objetividad de todo el procedimiento y la existencia de un recurso, preferente y sumario, y en su caso, del acceso al amparo ante el propio Tribunal Constitucional (STC 103/2008, FJ 2). Frente al referéndum, hay otras consultas *no referendarias* en las que se realiza un llamamiento a un colectivo más reducido, sea social, económico, cultural o de otra índole (*appellatio uti socii*), expresivas de un interés particular o incluso local y que son manifestación del fenómeno participativo, debiendo encuadrarse en el art. 9.2 CE (STC 31/2010, FJ 69).

Fijado el concepto de referéndum, el siguiente paso fue establecer el régimen de competencias sobre el mismo y, por tanto, determinar cuál es el alcance de la cláusula de autorización estatal del art. 149.1.32.ª CE, una cláusula competencial *sui generis*[39]. Pues, como venía advir-

---

[38] Asumen competencia *exclusiva* los Estatutos de Cataluña (art. 122), Andalucía (art. 78), Extremadura (art. 9.50), Islas Canarias (art. 108.1.*a*) y con matices, Aragón (art. 71.27), pero, en estos casos, de manera expresa (o implícitamente para el caso de Cataluña según señaló el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010) se excluye al referéndum. En los seis estatutos restantes, es competencia *de desarrollo legislativo y ejecución:* Asturias (art. 11.11), Murcia (art. 11.8) La Rioja (art. 9.7), Valencia (art. 50.8) Islas Baleares (art. 11.b), y Castilla y León (art. 34.1.12).

[39] Así lo advirtió el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña en su Dictamen 3/2010, de 1 de marzo, sobre el Proyecto de ley de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, FJ 3: «En el sentido de que en el mismo la técnica de distribución utilizada no sigue las categorías generales que rigen la división de competencias y que pivotan en general

tiendo la doctrina, es más bien un mecanismo de garantía de la unidad política del Estado, dirigido a asegurar la lealtad constitucional impidiendo que por medio de un referéndum convocado unilateralmente por los entes territoriales pueda condicionarse la voluntad general a través del pronunciamiento de una fracción del pueblo español[40]. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional transformaría por completo esta naturaleza al delimitar como contenido de esta cláusula competencial no sólo el acto de autorización, sino toda la disciplina del referéndum; lo cual incluiría su establecimiento y regulación, cualquiera que fuera su modalidad y su ámbito territorial, y, al mismo tiempo, excluiría toda posibilidad de regulación por parte de las Comunidades Autónomas (SSTC 31/2010, FJ 69; 31/2015, FJ 6.A y 137/2015, FJ 4.*c*). Los motivos para esa interpretación extensiva son, además del carácter restrictivo de esta institución en nuestro sistema constitucional, la especial posición de la LOMR dentro de nuestro sistema de fuentes. Pues, según la jurisprudencia constitucional, la LOMR es la norma llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, para dar cumplimiento a la reserva competencial del art. 149.1.32.ª CE y a dos reservas de ley orgánica que inciden sobre el régimen jurídico del referéndum: una «genérica», relativa al desarrollo de los derechos fundamentales de participación política cuando se ejercen a través de la institución del referéndum (art. 81 CE) y otra «específica», sobre las modalidades de referéndum previstas en la Constitución (SSTC 103/2008, FJ 3; 31/2010, FJ 69; 31/2015, FJ 6A; 137/2015, FJ 4.*c*).

Esta interpretación se ha ido abriendo muy tímidamente en las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, en las que se aclara que lo anterior no sería incompatible con que los Estatutos de Autonomía puedan reconocer a las Comunidades Autónomas «algún género de intervención en la ejecución o, incluso, en el complemento normativo de los preceptos estatales que disciplinen, en los términos señalados, unas u otras figuras de referéndum» (SSTC 137/2015, FJ 4*d*; 51/2017, FJ 5*b*; 90/2017, FJ 8B.*a*. y 114/2017, FJ 3). Consecuentemente, ya no pertenece al Estado toda la disciplina del referéndum, las comunidades autónomas pueden completar su régimen siempre y cuando se establezca el referéndum autonómico en la LOMR.

---

sobre los conceptos de legislación y ejecución, sino que de su dicción literal parece permitir, en principio, a las Comunidades Autónomas el despliegue de todas sus potestades legislativas y ejecutivas, aunque reservando la decisión última de realización del referéndum a la autorización del Estado».

[40] Por todos, C. Aguado Renedo, «El referéndum autonómico», en Matía Portilla, F. J. (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, CEPC, 2011, p. 417.

Una última precisión efectuada por el Tribunal Constitucional sobre el régimen jurídico de todo tipo de consultas populares autonómicas (referendarias o no) gira en torno a la existencia de límites de carácter material que afectan al propio contenido u objeto de las consultas. En este sentido, queda fuera del margen de actuación de una Comunidad Autónoma formular consultas que excedan de las competencias propias o que incidan sobre cuestiones fundamentales resueltas y que se encuentran sustraídas a las decisiones de los poderes constituidos (SSTC 103/2008, FJ 4, 138/2015, FJ 3; 51/2017, FJ 5*c*. y *d*.; 90/2017, FJ 6*b* y 114/2017, FJ 3). Con ello, queda claro que no tiene cabida el referéndum secesionista. La única vía posible para plantear la independencia de una parte del territorio sólo puede encauzarse a través del procedimiento de reforma constitucional del art. 168 CE (SSTC 103/2008, FJ 4, 42/2014, FJ 4*c* y 90/2017, FJ 6).

Recapitulando lo dicho hasta ahora, la Constitución no agota el elenco de supuestos de referéndum admisibles en nuestro sistema constitucional; sin embargo, la previsión en abstracto de tales consultas no contempladas expresamente en la norma fundamental y la regulación de los aspectos esenciales de su régimen jurídico corresponderá a la LOMR, en tanto en que norma en la que se articulan todos los títulos estatales sobre referéndum; mientras que el legislador autonómico solo podrá efectuar una regulación complementaria del referéndum autonómico sobre aspectos meramente accesorios de los preceptos estatales. Ahora bien, esta posibilidad es por ahora solo una hipótesis porque la inacción estatal bloquea la posibilidad de desarrollar y activar este mecanismo de participación política directa por parte de las comunidades autónomas.

Dos consecuencias podemos extraer de toda esta jurisprudencia dictada en torno al referéndum autonómico. Primera, el nacimiento de una nueva categoría jurídica que no tiene parangón en el Derecho comparado: las consultas populares no referendarias, cuya presencia solo se explica por la necesidad de hacer compatible la existencia de una competencia autonómica sobre consultas populares con el mantenimiento dentro el ámbito de control del Estado del referéndum autonómico[41]. Segunda, la posible duplicación de regímenes jurídicos en el ámbito de las consultas populares municipales, dándose la paradoja de que sobre un mismo objeto en algunas comunidades autónomas que han aprobado leyes de consultas populares no referendarias, como Andalucía, Cataluña, las Islas Baleares y Navarra[42], los alcaldes pue-

[41] Sobre esta cuestión resulta muy interesante el trabajo de S. Fernández Ramos, «Las consultas populares no referendarias mediante votación. ¿Un artificio del Derecho Público español?», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 52, 2019.

[42] *Vid*., la ya mencionada Ley catalana 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, así como la Ley andaluza 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación ciudadana de Andalucía, la Ley balear 12/2019,

den optar libremente por el referéndum municipal o las consultas no referendarias. Aunque es evidente la ventaja de no tener que solicitar autorización estatal y sus menores formalidades, habrá que valorar si se traduce en una mayor utilización o si, por el contrario, siguen siendo más efectivos otros instrumentos de participación previstos en las leyes y/o reglamentos de Participación ciudadana, menos costosos en términos de organización o de recursos.

3. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Puede inferirse claramente del análisis que hemos realizado en el epígrafe anterior, cómo el referéndum en España no es un instrumento de contrapoder. Las funciones que predominan en él son, por un lado, la de legitimación de normas o decisiones previamente adoptadas por las instituciones representativas, atribuible tanto al referéndum constitucional como a los vinculados al proceso autonómico o, por cómo se encuentra diseñado, el referéndum consultivo. Por otro lado, la de otorgar rigidez a esas mismas normas, tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía, dificultando, en este último caso en exceso su aprobación. Se une así a toda una serie de requisitos constitucionales que lo que pretenden es desincentivar la vía de acceso al máximo nivel competencial. Además, en el caso del referéndum facultativo del art. 167 CE, podría predicarse en teoría su carácter contramayoritario, derivado de que puede activarse por una minoría muy exigua (una décima parte de los miembros de una de las cámaras). Sin embargo, no se ha llevado a la práctica en las reformas de 1992 (art. 13.2 CE) y 2011 (art. 135 CE). Solo el referéndum municipal tiene alcance propositivo, permitiendo a los ciudadanos introducir cuestiones que no han sido abordadas por las instituciones. Pero, también hemos visto como las limitaciones legales a las que se encuentra sometido (aprobación por el Pleno y autorización estatal) y la interpretación restrictiva que se realiza por el Gobierno y los tribunales de las materias sobre las que puede recaer, convierten a esta figura en algo puramente anecdótico, demostrando también aquí la desconfianza que existe en nuestro sistema constitucional hacia las instituciones de participación política directa de los ciudadanos. En definitiva, tal y como ha sido regulado en España el referéndum es una figura prescindible que aporta muy poco o casi nada a nuestra democracia[43].

Su desarrollo en la LOMR, además, establece una regulación que en gran media desnaturaliza al referéndum como institución de democra-

---

de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos y la Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, de participación democrática de Navarra.

[43] En el mismo sentido, E. Sáenz Royo, *El referéndum constitucional en España*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 149.

cia directa al dejar todo el procedimiento en manos de los principales actores de la democracia representativa, el ejecutivo y los partidos políticos, y no establecer suficientes mecanismos de garantía que impidan su utilización plebiscitaria. Por eso, las propuestas que vamos a realizar para mejorar la regulación del referéndum van a estar dirigidas a acentuar su función como instrumento de contrapeso y control de las instituciones representativas y a reducir esas carencias que facilitan su utilización por las élites políticas.

La primera propuesta que vamos a plantear es la ampliación de sus modalidades. El referéndum no puede ser un instrumento de contrapoder cuando el ámbito de influencia en el proceso de formación y manifestación de la voluntad colectiva es tan reducido como el que se deriva de nuestro ordenamiento jurídico. No puede obviarse que la previsión de nuevas modalidades de referéndum a nivel estatal exigiría la reforma de la Constitución. No podría hacerse de otra forma dada la voluntad expresa del constituyente a la hora de regular el referéndum, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países de nuestro entorno (Islandia y Países Bajos, por ejemplo, con el referéndum consultivo, aunque con muy diversa suerte, como hemos visto). Sin embargo, no parece que haya mucha voluntad política para acoger esta propuesta. En 2014, se presentó en el Congreso de los Diputados una proposición de reforma de los arts. 87.3, 92 y 166 de la Constitución por la Junta General del Principado de Asturias que, sobre esta cuestión, planteaba el establecimiento de un referéndum de derogación de leyes en vigor y la Cámara no ha considerado oportuno, desde entonces, su inclusión en el orden del día para la toma en consideración.

No obstante, siguiendo la idea de que *federalism makes experimentation easier* (es decir, que las unidades subsestatales pueden ser laboratorios de experimentación administrativa donde ensayar nuevos instrumentos para su traslado al conjunto del Estado) creemos que el ámbito más adecuando para la implementación de nuevas modalidades serían las comunidades autónomas. Sin duda, habría que respetar los límites establecidos por la jurisprudencia constitucional de los que hemos dado cuenta, por lo que correspondería al legislador estatal el establecimiento de un referéndum legislativo, ya sea propositivo, para la aprobación de leyes, ya sea de control, tanto de ratificación de leyes aprobadas como abrogativo para derogar leyes en vigor (en línea con la propuesta del Parlamento asturiano) o, incluso, sólo un referéndum consultivo. Para un sector de la doctrina[44], únicamente sería plausible

[44] Pueden verse, entre otros, J. M. Castellá Andreu, «El referéndum en la Constitución., ¿es necesario un replanteamiento de la institución», en Cascajo Castro, J. L. y Martín De La Vega, A., *Participación, representación y democracia,* Tirant lo Blanch*,* Valencia, 2016, pp. 2061-262 y E. Martin Núñez, «Referéndums y consultas populares en los Estatutos de Autonomía: viabilidad, funcionalidad y límites», en Garrido López, C. y Sáenz Royo, E. (coords.), *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, *op. cit.*, pp. 98-102.

esta última modalidad, la del referéndum consultivo autonómico, por exigencias del principio de homogeneidad institucional entre centro y periferia habitual en los Estados compuestos. Sin embargo, hemos visto como las instituciones de democracia directa parecen ser una excepción a esta regla en el Derecho comparado, ofreciéndonos claros ejemplos, como los EE.UU. o Alemania, donde la inexistencia del referéndum a nivel federal contrasta con una profusión de modalidades en los ordenamientos de todos los Estados.

Avala esta tesis de que es posible reconocer nuevas modalidades de referéndum, aunque no estén previstas en la Constitución, el hecho de que en el Tribunal Constitucional ya ha reconocido la posibilidad de que el legislador estatal (en concreto, el legislador estatuyente) establezca un referéndum de ratificación de los Estatutos de autonomía de las comunidades de la *vía lenta*, ratificación que, como hemos visto, queda reservada en la Constitución para los Estatutos de la vía rápida y que justifica por la amplia libertad de configuración que confiere el art. 147.3 CE a los estatutos de autonomía[45].

La segunda propuesta se refiere a los sujetos habilitados para instar el referéndum. Lógicamente, para que el referéndum pueda funcionar como un instrumento de contrapeso y control, su iniciativa no puede quedar exclusivamente en manos del ejecutivo, pues de lo que se trata es, como vimos, de que exista la posibilidad de introducir por la presión de la opinión pública nuevos temas que las instituciones representativas bloquean, de poder mostrar el desacuerdo con las normas o decisiones que han adoptado o de desbloquear propio funcionamiento de las instituciones. Para ello, debe abrirse la posibilidad a que sea planteado «desde abajo» por los ciudadanos o, en Estados compuestos, por las entidades subestatales o incluso por los municipios. En esta línea, va la mencionada Proposición de reforma de los arts. 87.3, 92 y 166 de la Constitución presentada por el Parlamento asturiano, estableciendo la posibilidad de que tanto el referéndum consultivo como el referéndum abrogativo de leyes en vigor pueda ser propuesto por al menos 500.000 electores. Igual número de ciudadanos que se exige para la presentación de una iniciativa popular, pero equiparable a lo que es habitual en otros países (por ejemplo, en Italia se requiere el mismo número de firmas). En todo caso, el número de firmas, como exigen las directrices revisadas del Código de Buenas Prácticas sobre la celebración del referéndum aprobadas por la Comisión de Venecia, debería ser lo suficientemente elevado como para que solo se aborden cuestiones que representan un interés social relevante, pero no tan elevado que supusiera solo una opción teórica imposible de alcanzar.

---

[45] *Vid*., en este sentido, la STC 31/2010, FJ 147.

Ahora bien, el hecho de que se admitan nuevos sujetos legitimados no quiere decir que las instituciones representativas no deban tener ningún papel en el proceso. Y en este sentido, siguiendo nuevamente el Código de Buenas Prácticas de la Comisión de Venecia, sería aconsejable que cuando se someta a consideración de los electores la aprobación o derogación de un texto legislativo a instancias del electorado o una autoridad distinta del Parlamento, este pueda emitir un dictamen no vinculante sobre el texto sometido a votación o incluso, como sucede por ejemplo en Suiza o en Estados Unidos a nivel estatal, pueda presentar una contrapropuesta a la consideración del electorado que se votaría conjuntamente a la presentada por los ciudadanos. Esta medida refuerza la idea de complementariedad del referéndum a las instituciones representativas y contribuye claramente al proceso de formación de la opinión pública.

A la vista de lo ocurrido en la práctica del referéndum en España, resulta ineludible tomarse en serio la tercera propuesta que versa sobre el papel de los poderes públicos en el procedimiento de referéndum. Por lo menos, dos son las cuestiones que deberían abordarse en la LOMR. La primera es la necesidad de establecer mecanismos de control sobre la pregunta. La pregunta debe ser clara y concreta; debe poderse responder con un sí o un no; no debe inducir a error ni sugerir una respuesta. Tanto en las recomendaciones del Código de Buenas Prácticas como en el Derecho Comparado, se establece la obligación de que una autoridad independiente supervise la formulación de la pregunta. Así, por ejemplo, en el Reino Unido es la *Electoral Comission,* organismo nombrado por el Parlamento, mientras que en Italia o Portugal esta función corresponde al Tribunal Constitucional. En nuestro caso, lo más adecuado sería atribuir esta función a la Junta Electoral Central que, como hemos visto, tiene demostrada experiencia en controlar la neutralidad de los poderes públicos en el procedimiento electoral.

De hecho, y esta sería la segunda cuestión, sabemos que así lo ha hecho respecto a la campaña informativa sobre el objeto del referéndum, recogiendo en una Instrucción la habilitación a los poderes públicos de cualquier nivel (estatal, autonómico y local) para realizar este tipo de campaña siempre y cuando se realice de manera neutral y sin inducir a una u otra opción. Doctrina que debería llevarse al articulado de la ley. Sería, además, interesante que se aplicasen también en este punto las directrices de la Comisión de Venecia, presentes como señalamos también en Suiza, Reino Unido o Irlanda, de enviar a los electores un folleto explicativo en el que se resuman de manera equilibrada y neutral los argumentos favorables o contrarios a las distintas opciones planteadas en el referéndum.

La cuarta propuesta gira en torno a la necesidad de terminar con el monopolio de los partidos en la campaña electoral, el reparto de los

espacios electorales gratuitos y la obtención de financiación pública. Como nos recuerda Paloma Biglino, esta participación casi exclusiva de los partidos políticos tiene su razón de ser en las elecciones, ya que en ellas el votante debe escoger entre candidatos que presentan las diferentes formaciones políticas. Por eso, tiene sentido que solo puedan hacer campaña las formaciones políticas. Sin embargo, carece de fundamento en el referéndum y acentúa sus elementos plebiscitarios. Facilita, en efecto, que la campaña se convierta en una petición de confianza hacia el partido en el poder y en una moción de censura de quienes están en la oposición, dejando en un término secundario la conveniencia de aprobar o rechazar la propuesta sometida a votación popular[46].

Obviamente, no se trata de eliminar a los partidos de la campaña electoral, pues indudablemente desempeñan un papel esencial en la articulación de la voluntad popular, sino de abrirla a otros actores sociales como sindicatos, colegios profesionales, asociaciones o colectivos ciudadanos más o menos permanentes que manifiesten su interés sobre la cuestión propuesta. Es cierto que la incorporación de algunos de estos actores (por ejemplo, los sindicatos o las grandes empresas) puede afectar al principio de igualdad de oportunidades. Pero esta consecuencia puede evitarse limitando el acceso a los medios de comunicación y a los fondos, no solo públicos sino sobre todo privados, que se destinen a la campaña. En este sentido, sabemos que es frecuente en la práctica comparada (Canadá, Italia, Reino Unido, Portugal o Irlanda, por ejemplo) y sería deseable que lo recogiese la LOMR, que se obligue a las diferentes fuerzas políticas a agruparse en dos bloques *sí-no* en función de si son favorables o no a la propuesta planteada en el referéndum, correspondiendo a cada bloque el mismo tiempo de emisión o de acceso a los recursos públicos.

Finalmente, la última propuesta es la más controvertida porque, aunque cuenta con una dilatada aplicación en la práctica comparada, sin embargo, se desaconseja en las directrices revisadas de la Comisión de Venencia. Nos estamos refiriendo a la exigencia de un *quorum de participación* para la aprobación de la propuesta sometida a consulta popular. Así, en Italia y Hungría, por ejemplo, la aprobación exige la participación de al menos el 50 por 100 de los inscritos en el censo electoral. En Portugal, se requiere ese mismo porcentaje para que el referéndum tenga efectos vinculantes. En Dinamarca el quorum de participación es, y en Países Bajos era, a nuestro juicio demasiado bajo, de al menos un 30 por 100 de los inscritos en el censo electoral. Mientras que, como vimos, en algunos estados alemanes o de EE.UU. el porcentaje se determina en función de la participación en las últimas elecciones (por ejemplo, un 40 por 100 en Mississippi). La razón de

[46] P. Biglino Campos, «Conclusiones y propuestas», en *Id.* (coord), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, *op. cit*, p. 396 y P. Taillon, *Le referendum expression directe de la souveraineté du peuple*?, *op. cit.*, pp. 158-162.

esta medida tiene que ver con el rasgo tantas veces aludido a lo largo de este trabajo de complementariedad de las instituciones de democracia representativa. Desde el momento que, con el referéndum, lo que se pretende es cuestionar la labor de las instituciones representativas, es necesario que la manifestación directa de la voluntad popular no sea excesivamente minoritaria, porque en caso contrario podría suponer una quiebra o déficit de legitimidad[47].

Para el Consejo de Europa, sin embargo, la exigencia de este porcentaje mínimo de votos puede generar que los opositores a la propuesta se abstengan estratégicamente en lugar de votar en contra. Y aunque no podemos negar ese efecto, creemos que, si la propuesta planteada en el referéndum no es capaz de movilizar a la sociedad civil, deja de ser un elemento de contrapeso o de control de la sociedad y puede convertirse en un instrumento en manos de las autoridades convocantes o de determinadas agrupaciones, de partidos minoritarios o grandes corporaciones.

De hecho, la práctica constitucional comparada reciente nos ha demostrado la utilidad de este tipo de cláusulas en referéndums convocados por formaciones minoritarias de sesgo populistas o por los ejecutivos para enfrentarse a las instituciones representativas, oponerse a las decisiones de instancias supranacionales, desconocer los derechos de las minorías y, en definitiva, sortear el sistema de *checks and balances*. Como vimos, Hungría es un claro ejemplo de ello. Recordemos, dos referéndums dirigidos contra minorías apoyados por una amplísima mayoría que superaba el 90 por 100 de los votantes, pero cuyos resultados no fueron válidos debido a una grandísima abstención.

4. BIBLIOGRAFÍA

Aguado Renuedo, C., «El referéndum autonómico», en Matía Portilla, F. J. (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, CEPC, 2011, pp. 389-419.

— «Referéndum, partidos y participación popular», en Biglino Campos, P. (coord), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, Madrid, CEPC, 2016, pp. 37-64.

Aguiar de Luque, L., *Democracia directa y Estado Constitucional,* Madrid, EDERSA, 1977.

— «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento español», en Trujillo, G., López Guerra, L. y González Trevijano, P., *La experiencia constitucional*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 67-96.

Biglino Campos, P., «Conclusiones y propuestas», en *ídem* (coord), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, Madrid, CEPC, 2016, pp. 391-399.

[47] En contra de exigir un *quorum* de participación, E. Sáenz Royo, «Propuestas de una regulación adecuada del referéndum desde la teoría de la democracia representativa y desde la práctica del Derecho comparado», *op. cit.*, p. 177.

Carré de Malberg, R., «Considérations théroriques sur la question de la combinaison del référendum avec le Parlementarisme », *Annuaire de l'Institut International de Droit public*, 1931, pp. 256-284.

Cascajo Castro, J. L., García, E., Oliver Araujo, J., y Torres Muro, I., «Encuesta sobre el referéndum», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, pp. 11-56.

Castellá Andreu, J. M., «El referéndum en la Constitución, ¿es necesario un replanteamiento de la institución», en Cascajo Castro, J. L. y Martín De La Vega, A., *Participación, representación y democracia,* Valencia, Tirant lo Blanch*,* 2016, pp. 235-266.

— «El referéndum del Brexit, una historia inacabada», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, pp. 297-334.

Condorcet, *Sur la nécessité de faire ratifier la constitution par les citoyens et sur la formation des communautés de campagne*, Paris, l'impr. de Ph. D. Pierre, 179?.

Cruz Villalón P., «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», *Revista de Estudios Políticos,* núm. 13, 1980, pp. 145-168.

De Esteban, J. y López Guerra, L., *El régimen constitucional españ*ol, Barcelona, Labor, 1982.

Donovan, T., «Referendum and Initiatives in North America», en Qvortrup, M. (ed.), *Referendums around the world. The continued growth of direct Democracy,* New York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 122-161.

Fernández Ramos, S., «Las consultas populares no referendarias mediante votación. ¿Un artificio del Derecho Público español?», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 52, 2019, pp. 1-46.

— «Las consultas populares mediante votación en Andalucía», en Castillo Blanco, F. A. *et al.* (dirs.), *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (II). Smart regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*, Sevilla, IAAP, 2022, pp. 149-180.

Garrido López, C., «La iniciativa popular de referéndum», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 317-345.

— y Sáenz Royo, E. (coords.), *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

Hamon, F., *Le référendum. Étude comparative,* Paris, LGDJ, 1995.

— «Le référendum d'initiative partagée sera bientôt opérationnel mais l'on s'interroge encore sur son utilité», *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 98, 2014, pp. 253-268.

Invernizzi Accetti, C. y Oskian, G., «What is a consultative referendum? The democratic legitimacy of popular consultations», *Perspectives on Politics*, vol. 20, núm. 1, 2020, pp. 123-138.

Martín Cortés, I., «El referéndum del "NO" en Grecia, una consulta de dimensiones internacionales», en Biglino Campos, P. (coord), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa,* Madrid, CEPC, 2016, pp. 237-266.

Martin Núñez, E., «Referéndums y consultas populares en los Estatutos de Autonomía, viabilidad, funcionalidad y límites», en Garrido López, C. y Sáenz Royo, E. (coords.), *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 79-104.

Martinico, G., *Filtering populist claims to fight populism, the Italian case in a comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

Miranda, J., «O referendo e o plebiscito, la expériencia portuguesa», *Cuestiones constitucionales,* núm. 19, 2008, pp. 149-171.

Mirkine Guetzévitch, B, «Le référendum et le parlementarisme dans les nouvelles Constitutions européennes», *Annuaire de l'Institut International de Droit public*, 1931, pp. 285-334.

Morrone, A., *La Repubblica dei referéndum. Una storia costituzionale e política (1945-2022)*, Bologna, Il Mulino, 2022.

Offe, C., «Referendum vs. institutionalized deliberation, What democratic theorists can learn from the 2016 Brexit decision», *Daedalus*, núm 146 (3), 2017, pp. 14-27.

Pérez Alberdi, M. R., *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2013.

Porras Nadales, A., «El referéndum de iniciativa autonómica del 28 de febrero en Andalucía»*, Revista de Estudios Políticos,* núm. 15, 1980, pp. 175-194.

Rolla, G., «Las dinámicas entre el referéndum, las instituciones de democracia representativa y los partidos», en Biglino Campos, P. (coord.), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, Madrid, CEPC, 2016, pp. 201-236.

Sáenz Royo, E., «Propuestas de una regulación adecuada del referéndum desde la teoría de la democracia representativa y desde la práctica del Derecho comparado», en Sáenz Royo, E. y Garrido López, C. (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 157-182.

— *El referéndum constitucional en España*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Segura i Renau, L., «La participación popular en la reforma constitucional de los Estados de EE.UU.», en Castellá Andreu, J. M., *Parlamentos, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional.* ¿Quién y cómo participa?, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 309-330.

Taillon, P., *Le referendum expression directe de la souveraineté du peuple*? *Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Paris, Dalloz, 2012.

Tierney, S., *Constitutional Referendums*. *The theory and practice of republican deliberation,* Oxford, Oxford University Press, 2012.

CAPÍTULO VI

LA OPOSICIÓN PARLAMENTARIA A LA LUZ DEL DERECHO TRANSNACIONAL DE LA COMISIÓN DE VENECIA

Luis Gaspar Rodríguez
Profesor Ayudante
Universidad Internacional de Cataluña

La oposición parlamentaria constituye una figura nuclear en el marco de una democracia constitucional, en especial en su dimensión de límite al poder o *checks and balances*. El propósito del capítulo es poner en valor la contribución del derecho transnacional, en concreto el que emana de la Comisión de Venecia, en el fortalecimiento del rol de la oposición parlamentaria. Se estructura en dos apartados. El primero es introductorio y aborda el concepto, derecho transnacional e influencia de la Comisión de Venecia. El segundo versa sobre las recomendaciones que ha emitido dicho órgano transnacional sobre la oposición parlamentaria y su efectividad e influencia. En el contexto español, donde la lógica partidista tiene un afán totalizador de todos los procesos parlamentarios, resulta especialmente pertinente acudir a un órgano de naturaleza técnica con prestigio y capacidad de influencia para tratar de paliar una crisis que, como se tratará de argumentar, es fundamentalmente de principios.

1. COMISIÓN DE VENECIA

1.1. Concepto

La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, conocida como la «Comisión de Venecia» (de ahora en adelante CdV),

es el órgano consultivo del Consejo de Europa en materia constitucional. Su papel es asesorar jurídicamente a los Estados miembros en materias de democracia, derechos humanos y Estado de Derecho. Debe su creación a la firme convicción de que la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos no se adquieren de forma irreversible. En palabras del presidente emérito de la CdV Gianni Buquicchio, «[l]a defensa no solo de los derechos humanos, sino también del Estado de Derecho y la democracia es un proceso interminable, una misión sin fin. […] Ningún Estado es inmune al retroceso democrático, a las salidas demagógicas o al abuso de la mayoría según el triste adagio "el ganador se lo lleva todo"»[1].

La esfera donde opera es delicada: el Derecho constitucional ha sido, y es considerado como el ámbito reservado al Estado por excelencia. Asimismo, proporcionar a una institución experta la tarea de criticar y, quizás, influir en decisiones constitucionales nacionales puede ser percibido, desde una perspectiva nacional, como peligroso[2].

Forman parte los 46 Estados miembros del Consejo de Europa más 15 países no europeos. La CdV es un órgano técnico, no político. Por esta razón, una posible politización, sea sustancial o aparente, sería causa de erosión de su prestigio[3]. Para prevenirlo, su estatuto[4] (art. 3.2) dispone que las opiniones solo serán emitidas por requerimiento de las autoridades del país en concreto, por órganos del Consejo de Europa o por organizaciones u órganos que gozan de un estatus especial con la Comisión (*e.g*. la Unión Europea o la OSCE).

Su rol principal se define en el art. 1 de su estatuto, que establece los siguientes objetivos: fortalecer la comprensión de los sistemas legales de los Estados que participan, con la visión de acercarlos; promover el Estado de Derecho y la democracia y; examinar los problemas surgidos en el marco del trabajo, reforzamiento y desarrollo de las democracias. En el art. 1.2 se da prioridad a los trabajos relacionados con los principios y técnicas constitucionales, legislativas o administrativas, que sirven a: 1) la eficiencia de las instituciones democráticas y su for-

---

[1] G. Buquicchio, «Retos pasados, presentes y futuros de la Comisión de Venecia», en J. M.ª Castellà, M. Montobbio y S. Granata-Menghini (eds.), *Estado de derecho, democracia y globalización: Una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022, p. 27.

[2] S. Granata-Menghini y G. Buquicchio, «The Venice Commission Twenty Years on, Challenges met, but Challenges Ahead», en M. van Roosmalen, B. Vermeulen, F. van Hoof y M. Oosting (eds.), *Fundamental Rights and Principles: Liber Amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 241.

[3] W. Hoffmann-Riem, «The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact», *The European Journal of International Law*, 2 (25), 2014, p. 579.

[4] Council of Europe, *Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law*, 2002, en *https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_01_Statute* (última consulta realizada el 4 de julio de 2023).

talecimiento; 2) el Estado de Derecho; 3) los derechos fundamentales y libertades, especialmente los relacionados con la participación de los ciudadanos en la vida pública y; 4) la contribución del autogobierno local y regional a la mejora de la democracia. En el art. 2 se estipula que la Comisión estará compuesta por expertos independientes que han obtenido eminencia a través de su experiencia en instituciones democráticas o por su contribución al derecho y a las ciencias políticas. En la práctica, su trabajo se centra en tres grandes áreas: instituciones democráticas y derechos fundamentales, justicia constitucional y elecciones, referéndums y partidos políticos[5].

1.2. Derecho transnacional

Las opiniones e informes que produce la CdV se consideran producto de los órdenes legales transnacionales. Se pueden definir como aquellos que se encuentran más allá de la dicotomía entre el Derecho del Estado y el derecho internacional[6]. En concreto, es el conjunto de normas jurídicas formalizadas y organizaciones y actores asociados que, basándose en un criterio de autoridad, ofrecen interpretaciones y prácticas jurídicas válidas para diversas jurisdicciones nacionales»[7]. El desarrollo de estándares posee un componente dinámico, pues se tiene en cuenta no solo la tradición constitucional europea, los valores comunes y los ordenamientos existentes, sino también que la materia que se trata es política y ha de ser bien planteada para tener efectividad. De esta forma, la CdV ha trabajado en extraer los principios y estándares que se derivan de la herencia constitucional y, también, de disposiciones vinculantes o *hardlaw* como la Convención Europea de los Derechos Humanos[8].

Sus informes y opiniones actúan como *softlaw*, es decir, normas que legalmente no vinculan, o lo hacen en un grado muy limitado, carecen de exigibilidad y de posibilidad de sanción, no obstante, ofrecen otros estímulos para su cumplimiento[9]. Influyen principalmente en órganos políticos, pero también judiciales. El nivel de vinculación del Derecho que emana es alto, además de por su prestigio, debido a que la Unión

---

[5] P. Craig, «Constitucionalismo transnacional: La contribución de la Comisión de Venecia», *Teoría y realidad constitucional*, 40, 2017, pp. 83-85.

[6] S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, Oxford, Hart Publishing, 2020, p. 43.

[7] P. Craig, «Constitucionalismo transnacional: La contribución de la Comisión de Venecia», *op. cit*., p. 90.

[8] S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, *op. cit*., p. 2; W. Hoffmann-Riem, «The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact», *op. cit*., p. 581.

[9] W. Hoffmann-Riem, «The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact», *op. cit*., pp. 580-581.

Europea ha apoyado su labor vinculándola a la estrategia de condicionalidad. Ha tenido especial relevancia con los países del centro y el este de Europa, donde se ha condicionado su incorporación a organismos internacionales o la realización de tratados a la observancia de principios como el Estado de Derecho, el principio democrático y la defensa de los derechos humanos[10]. En definitiva, su desarrollo no depende siempre en exclusiva de la fuerza de los argumentos, sino que busca alinearse con otros incentivos atractivos en un campo donde también opera el poder y los intereses[11].

1.3. Influencia

Hay ciertas dificultades para medir la influencia de la labor de la CdV, pero podemos aproximarnos a través de dos parámetros: 1) las referencias expresas en organismos internacionales y; 2) el grado y factores que determinan el cumplimiento de sus opiniones.

1.3.1. Referencias expresas en organismos internacionales

Por un lado, dentro del Consejo de Europa se ha citado la labor de la CdV por el secretario general del Consejo de Europa, la Asamblea parlamentaria, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comisario de Derechos Humanos y el Congreso de Autoridades Locales y Regionales. Por otro lado, dentro de la Unión Europea el Parlamento Europeo, la Comisión, el Consejo, el TJUE y en sus misiones diplomáticas[12]. También hay Estados nacionales y Cortes Supremas que han hecho referencia a la labor de la CdV[13].

1.3.2. Grado y factores que determinan el cumplimiento de sus opiniones

Sus recomendaciones, como ya se ha destacado, no son vinculantes, pero tienen un grado de cumplimiento alto[14] debido, en parte, al trabajo

---

[10] S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, *op. cit*., p. 22.

[11] W. Hoffmann-Riem, «The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact», *op. cit.*, p. 591.

[12] Sobre las distintas referencias a la Comisión de Venecia, *vid*., *Venice Commission Council of Europe (coe.int)* (última consulta realizada el 23 de junio de 2023).

[13] Las Cortes Supremas de varios Estados han solicitado a través del instrumento de «*amicus curiae*» sus opiniones, *vid*. W. Hoffmann-Riem, *«The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact», op. cit*., pp. 584-595.

[14] La CdV realiza un seguimiento de la adopción de sus opiniones. *Vid*. *Follow-Up (coe.int)* (última consulta realizada el 16 de abril de 2023).

independiente profesional y competente[15]. Un factor importante para determinar la eficacia de la CdV dependerá del sujeto que solicita su intervención. Las opiniones solicitadas por el propio país tienden a ser más efectivas. Se pueden distinguir entre endógenas y exógenas:

En primer lugar, las endógenas se encuadran dentro de la categoría de cooperación y suelen tener diversos incentivos. Las razones por las que un Estado pide ayuda a la CdV pueden ser: 1) necesitar asistencia técnica en una reforma constitucional; 2) falta de diálogo con la oposición; 3) para tomar una medida impopular pero necesaria y; 3) para demostrar su compromiso en el foro internacional[16].

En segundo lugar, las exógenas, por el contrario, no constituyen cooperación. Son aquellos casos donde la solicitud es realizada por uno de los organismos del Consejo de Europa (o de la Unión Europea), normalmente habrá habido una fase en la que este organismo ha intentado convencer al Estado para que la solicite por sí mismo. El procedimiento es igual, pero existen métodos para forzar su cumplimiento. Por ejemplo, la Comisión Europea a menudo condiciona el progreso en los procesos de adhesión al cumplimiento de las recomendaciones de la CdV[17]. Recientemente, se han establecido sus recomendaciones como parámetros de condicionalidad para el desembolso de la «*Macro Financing Assistance*»[18]. Esta circunstancia puede ocasionar que *de facto* sus opiniones y recomendaciones puedan considerarse como

---

[15] S. Granata-Menghini, «Populism and Constitutional Courts: A Perspective from the Venice Commission», en J. M.ª Castellà y M. A. Simonelli (eds.), *Populism and Contemporary Democracy in Europe: Old problems and new challenges*, ebook, Palgrave macmillan, 2022, p. 92.

[16] S. Granata-Menghini y M. Kuijer, «Advisory or de facto binding? Follow up to Venice Commission's opinions: between reality and perception», en S. Granata-Menghini y Z. Caga (eds.), *Venice Commission thirty-year quest for democracy through law 1990 – 2020*, ebook, Juristförlaget i Lund, 2020, p. 287.

[17] *Ibid.*, p. 289.

[18] Un ejemplo de aplicación es Moldavia. Las últimas enmiendas constitucionales relacionadas con el poder judicial fueron preparadas con la asistencia de la CdV y la Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho; el Gobierno de Moldavia resistió algunas recomendaciones, pero finalmente las aceptó, en parte porque contaron con el respaldo de la Comisión Europea y el SEAE. *Vid*. Venice Commission, *CDL-AD(2020)015, Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate of Human Rights (DHR) of the Directorate Generale of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the Draft Law on Amending the Law no. 947/1996 on Superior Council of Magistracy*, endorsed by the Venice Commission on 18 June 2020 by a written procedure replacing the 123rd Plenary Session; *CDL-AD(2020)007, Joint opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the revised draft provisions on amendming and supplementing the constitution with respect to the superior Council of Magistracy*, adopted by the Venice Commission on 18 June 2020 by a written procedure replacing the 123rd Plenary Session. En julio de 2020, la Comisión Europea autorizó el desembolso de 30 millones de euros en asistencia macrofinanciera a la República de Moldavia, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que «*the reform efforts being pursued, for instance in improving the justice system and fighting corruption*». *Vid*. *€30 million in macro-financial assistance (MFA) to Moldova (europa.eu)* (última consulta realizada el 23 de junio de 2023).

vinculantes, y algunos Estados sean reacios a pedirlas. La CdV ha tomado conciencia de esta situación y por esta razón las formula de la forma menos prescriptiva posible y busca ser precavida a la hora de recomendar propuestas radicales en contextos políticamente tensos[19].

No obstante, hay Estados que no tienen voluntad de comprometerse con los valores de la CdV. Países como Bielorrusia o Rusia, que no han superado el autoritarismo, no tienen una verdadera intención de aplicar sus recomendaciones. En el caso de Bielorrusia, tan solo se ha solicitado por las autoridades nacionales la intervención de la CdV en las opiniones de 1996 y de 2003[20]. En la última reforma constitucional de 2022, la opinión fue solicitada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y ni siquiera se reunieron con los miembros de la CdV[21]. No hay constancia de que hayan implementado ninguna recomendación[22]. Rusia ha sido objeto de dos opiniones, siempre a solicitud de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa[23], y no ha implementado ninguna de las recomendaciones[24]. En este contexto resulta evidente que la labor de la CdV no se puede traducir normativamente.

2. OPOSICIÓN PARLAMENTARIA

El análisis de este apartado se limitará a valorar los informes y opiniones de la CdV sobre la oposición parlamentaria y, para finalizar, se abordará el seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones y las referencias expresas en organismos internacionales. Nos centraremos particularmente en los dos informes que ha publicado la CdV al respecto. Se ha de destacar que no tienen un enfoque académico, sobre todo el de 2019, sino que tratan de «dar respuestas concretas que puedan servir para proyectos de reforma legislativa o constitucional de los Estados miembros, basadas en el Derecho comparado, el Derecho internacional y la propia doctrina de la Comisión»[25].

---

[19] S. Granata-Menghini y M. Kuijer, «Advisory or de facto binding? Follow up to Venice Commission's opinions: between reality and perception», *op. cit.*, p. 295.

[20] Para las opiniones de la CdV sobre Bielorusia, *vid*. *Venice Commission: Council of Europe (coe.int)* (última consulta realizada el 23 de junio de 2023).

[21] Venice Commission, *CDL-AD(2022)008, Belarus- Urgent Interim Opinion on the Constitutional Reform*, endorsed by the Venice Commission at its 130th Plenary Session (Venice and online, 18-19 March 2022), párr. 5.

[22] *Vid*. *Follow-Up (coe.int)* (última consulta realizada el 17 de abril de 2023).

[23] Para las opiniones de la CdV sobre Rusia, *vid*. *Venice Commission :: Council of Europe (coe.int)* (última consulta realizada el 17 de abril de 2023).

[24] *Vid*. *Follow-Up (coe.int)* (última consulta realizada el 10 mayo de 2023).

[25] J. M. Castellà Andreu, «Repensando las funciones del Parlamento: el papel de la oposición según la Comisión de Venecia», en A. de la Iglesia Chamarro (ed.), *El Parlamento a debate en un tiempo nuevo*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023, p. 242, en *https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/el-parlamento-debate-en-un-tiempo-nuevo* (última consulta realizada el 3 de junio de 2023).

El primero, que vio la luz en 2010, se titula *On the Role of the Opposition in a Democratic Parliament*[26]. Es fruto de la preocupación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa al identificar una deriva negativa sobre el rol de la oposición parlamentaria. En la resolución 1601 (2008) sobre *Procedural guidelines on the rights and responsabilities of the Opposition in a democratic parliament*[27], entre otras medidas, invitó a la CdV a que realizara un estudio al respecto[28]. El segundo, se publicó en 2019 bajo el título de *Parameters on the Relationship between the Parliamentary majority and the Opposition in a Democracy: a Checklist*[29]. En esta ocasión, se realizó a petición del secretario general del Consejo de Europa que, en su informe anual de 2016, manifestó su preocupación sobre el estado de erosión de la oposición parlamentaria. Para abordar el problema propuso la creación de unas pautas relativas al rol y la responsabilidad de las mayorías políticas y su interacción con la oposición[30].

En los dos informes el enfoque se centra en los procedimientos dentro del Parlamento y en las relaciones entre la oposición parlamentaria, la mayoría y otras instituciones[31]. Lo característico de los criterios de verificación de 2019 es que actualizan el informe de 2010 y lo transforman en un elemento más práctico, de tal forma que se pueda utilizar para evaluar la situación de la oposición en una jurisdicción determinada; así como sus relaciones con la mayoría que gobierna y otras instituciones del Estado[32]. La CdV busca reflejar principios generales que rigen el rol de la oposición parlamentaria (informe de 2010) y la relación entre mayoría y oposición (informe 2019), que se encuentran en la herencia constitucional europea común, y hace un esfuerzo por clarificar su lógica interna. Todo ello con la finalidad de proporcionar un instrumento eficaz para poder identificar las debilidades nacionales[33]. Se intercalan elementos descriptivos y normativos.

---

[26] Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, adopted by the Venice Commission, at its 84th Plenary Session (Venice 15-16 October 2010).

[27] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Procedural guidelines on the rights and responsibilities of the opposition in a democratic parliament*, 2008.

[28] *Ibid.*, párr. 11.

[29] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, adopted by the Venice Commission at its 119th Plenary Session (Venice, 21-22 June 2019) and endorsed by the Committee of Ministers on 5 February 2020.

[30] Secretary General of the Council of Europe, *State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law: A security imperative for Europe*, Sofia, Council of Europe, 2016, pp. 71 y 80.

[31] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit.*, párr. 13.

[32] *Ibid.*, p. 5.

[33] *Ibid.*, párr. 7-8.

Es conveniente resaltar que las recomendaciones de la CdV no son la única garantía de la oposición parlamentaria. En concreto, solo serán efectivas si existe previamente un pluralismo político genuino (existencia de partidos políticos independientes, medios de comunicación libres, elecciones justas, una sociedad civil fuerte, etc.). Los criterios de verificación fueron elaborados con una doble intención. En primer lugar, ayudar a las democracias más vulnerables a formular regulaciones legales y desarrollar convenciones constitucionales y prácticas que garanticen la función de la oposición. En segundo lugar, para asistir a democracias consolidadas que se enfrentan a riesgos de desequilibrios que socavan la cultura del pluralismo político[34].

La CdV considera que se ha de encontrar un equilibrio entre los derechos de la oposición y de la mayoría parlamentaria. Una falta de garantías de la función de la oposición puede erosionar o incluso acabar con la democracia; mientras que un excesivo reconocimiento de derechos es capaz de ocasionar un obstruccionismo desleal e impedir que el Gobierno pueda llevar a cabo su programa[35].

En esta línea, establece seis principios que operan en la relación entre mayoría y oposición: 1) respetar los valores de pluralismo y libertad. La oposición no puede ser considerada como un elemento destructivo ni tampoco interpretar su crítica como una falta de aceptación del resultado de las elecciones. Se podría añadir que, al mismo tiempo, la oposición ha de respetar el resultado de las elecciones; 2) la existencia de frenos y contrapesos para evitar la concentración del poder en la mayoría; 3) cooperación leal y constructiva con el fin de atraer el interés público; 4) solidaridad compartida entre la mayoría y la oposición, que se traduce en el uso de autocontrol en sus determinadas funciones con vistas al interés público de los ciudadanos; 5) los cambios del sistema deben mantener abiertos los canales del cambio político y; 6) el sistema debe permitir una toma eficiente de decisiones, de tal forma que la mayoría pueda perseguir su agenda política y la oposición realizar sus funciones sin complicaciones[36].

Como ya afirmó el profesor De Vega, en la práctica legal e institucional el estudio de la oposición parlamentaria y el análisis de la vida política democrática coinciden[37]. En concordancia, los informes ponen atención tanto a los procedimientos dentro del Parlamento como a las

---

[34] *Ibid.*, párr. 9.

[35] Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, *op. cit*., párr. 12.

[36] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 21-27.

[37] P. de Vega García, «Oposición política», en M. Aragón Reyes (ed.), *Temas básicos de Derecho Constitucional: Organización general y territorial del Estado*, vol. 2, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 231.

relaciones institucionales entre la oposición parlamentaria, la mayoría y otras instituciones del Estado. Se considerará en detalle estos puntos: 1) concepto; 2) institucionalización; 3) nivel y regulación legal; 4) participación en la función legislativa; 5) participación en la función de control; 6) cooperación con el Gobierno; y 7) seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones y referencias expresas en organismos internacionales.

2.1. Concepto

La CdV, en el informe de 2010, afirma que la característica principal de la oposición parlamentaria es que no está en el poder y se opone, de una manera más o menos acentuada, a aquellos que lo detentan. En consonancia, la oposición parlamentaria la constituyen aquellos partidos políticos que realizan la función de oposición y están representados en el Parlamento, pero no forman parte del Gobierno[38]. El informe de 2019 recoge esta misma definición y señala que tanto los términos «oposición» como «grupos minoritarios» se utilizan de manera indistinta para denotar grupos de parlamentarios que se oponen políticamente al Gobierno[39]. Esto último no se ha de entender como una equiparación entre minoría y oposición, sino como una mera aclaración de los términos. Es decir, las minorías han de realizar la función de oposición para poder ser consideradas como «oposición parlamentaria».

Desde una valoración crítica, una definición tan amplia ocasiona problemas a la hora de clarificar las funciones que pueden realizar los grupos parlamentarios que se oponen al Gobierno. Esto es debido a que en la noción clásica de oposición parlamentaria se configuran instrumentos y decisiones centrados en la alternancia de gobierno. Para arrojar luz a este problema podemos usar las categorías del profesor De Vergottini que establece dos conceptos de oposición: como alternativa de gobierno y como garantía de los derechos de las minorías[40].

En primer lugar, la noción clásica es la oposición como alternativa de gobierno. En este caso la oposición se configura con vistas a una posible sustitución del poder ejecutivo. Ello condiciona la relación con el Gobierno de dos formas principales: en las decisiones de Estado y en la efectividad de la función de control. En el primer caso, la oposición resulta imprescindible para enmarcar la acción del ejecutivo en políticas importantes a largo plazo (pactos de Estado) o para sustraer de la lógica

---

[38] Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, *op. cit*., párr. 11.

[39] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. c*it., párr. 17.

[40] G. De Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, p. 323; G. de Vergottini, «La forma de Gobierno de oposición garantizada», *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1979, p. 29.

partidista aquellas cuestiones de Estado que requieren unidad (reforma constitucional) o la máxima neutralidad posible (nombramiento de cargos de instituciones independientes o del órgano de gobierno de los jueces). En el segundo caso, la posibilidad de perder el poder fomenta una cultura de moderación y autocontención por parte del Gobierno. La función de control que ejerce la oposición resulta especialmente eficaz por la posibilidad de ganar las siguientes elecciones. Y ello se traduce necesariamente en un estatuto que otorga más tiempo, recursos y facultades que al resto de partidos de la oposición.

En segundo lugar, el esquema bipartidista propio del sistema británico, que vio nacer la institución de la oposición parlamentaria, en un principio no deparó en la posibilidad de institucionalizar al resto de partidos de la oposición. Ahora bien, con el tiempo se ha producido su formalización, tanto en Reino Unido como en el resto de las democracias constitucionales. Lo característico de este tipo de oposición es que, salvo en aquellos casos en los que formen gobiernos de coalición, los partidos no pueden aspirar a reemplazar al poder ejecutivo. En estas circunstancias su papel se limitará a influir en las decisiones gubernamentales. Esta modificación de su «*ethos*» afecta necesariamente a su formalización jurídica. Por un lado, si bien es conveniente que su posición sea respetada en las decisiones de Estado, no sería razonable formalizar un requisito de unanimidad para asegurar su integración. Ello crearía una situación de bloqueo permanente con la aparición del más mínimo disenso y una sobrerrepresentación de los partidos minoritarios. Por otro lado, su control, en la medida en que no supone un riesgo equivalente de pérdida de gobierno, no cumple con la misma función de moderación y autocontención. En definitiva, hay dos nociones de oposición que, a la hora de formalizarlas, requieren un trato diferenciado.

Pues bien, la CdV analiza la función de la oposición en tres niveles distintos. En primer lugar, aborda los requisitos necesarios para que la oposición pueda ejercer su función, los cuales no están exclusivamente relacionados con la oposición parlamentaria (*e.g.* inmunidades, nombramientos de cargos de responsabilidad en el Parlamento, mandato libre, etc.). En segundo lugar, examina el estatuto de la oposición que se limita a la garantía de los derechos de las minorías mediante mecanismos como enmiendas, preguntas e interpelaciones, entre otros. Finalmente, en tercer lugar, analiza aquellas facultades cuya formalización está constitucionalmente configurada para la oposición como alternativa de gobierno (*e.g.* nombramiento de los altos cargos de instituciones independientes o reforma constitucional).

A nuestro juicio este párrafo nos da la clave para entender el enfoque de los informes: «*the main situation in which the opposition parties are in minority, and therefore in need of some level of protection in*

order to fulfil the basic legitimate opposition functions»[41]. Se puede interpretar que la prioridad de la CdV es garantizar los derechos de las minorías. No por ello desprecia el principio de alternancia, pues subraya que fomenta una cultura de autocontrol de la mayoría y una actitud constructiva de la oposición. Y añade que, si ocurre lo contrario y la mayoría abusa de su posición dominante, se incurre en el riesgo de radicalización de la oposición[42].

2.2. Institucionalización

No existe un modelo común que defina los derechos y deberes de la oposición. Esto es debido a que el estatus de la oposición en un determinado Parlamento nacional sufre variaciones importantes en función del marco constitucional y una serie de factores políticos, sociales y culturales[43]. Más concretamente, las opciones constitucionales básicas resultan de gran importancia puesto que configuran la situación de la oposición: tipo de sistema electoral (mayoritario, proporcional o combinado), el tipo de régimen o forma de gobierno (parlamentario, semipresidencial o presidencial), la organización unicameral o bicameral de la legislatura, estructura federal o unitaria del Estado, etc.[44]. Consecuentemente, la forma y el grado en que se institucionaliza la oposición parlamentaria variará en cada Estado.

Desde la perspectiva de garantizar presupuestos necesarios para la función de oposición, la CdV afirma que todos los parlamentarios han de tener los mismos derechos individuales, al margen de su pertenencia a la mayoría o a la oposición. Algunos derechos de los parlamentarios son independientes de si están en la mayoría o en la oposición, como el derecho al voto, el acceso a materiales para los debates y las prerrogativas básicas. Otros están relacionados con la pertenencia a un grupo parlamentario específico, como el acceso a posiciones de liderazgo en el Parlamento. El órgano consultivo del Consejo de Europa recomienda que opere el principio de igualdad entre los parlamentarios y se complemente con el principio de representación proporcional y participación de grupos políticos en los órganos internos del Parlamento. En conse-

---

[41] Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, cit., párr. 37; *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 16.

[42] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 22-29.

[43] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Procedural guidelines on the rights and responsibilities of the opposition in a democratic parliament*, *op. cit*., p. 28; Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, *op. cit.*, párr. 38.

[44] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 12.

cuencia, el principio de igualdad no excluye que haya parlamentarios que, al ejercer una posición de liderazgo dentro de la cámara (portavoz, presidente de comisión, ponentes, etc.), puedan disponer de recursos adicionales (asistentes personales o indemnizaciones, entre otros)[45].

Advierte que la oposición no siempre constituye un bloque común, y su reconocimiento formal e institucionalización no es un requisito para la existencia del Parlamento. En esta línea considera deseable la creación de grupos parlamentarios (tanto de la mayoría como de la oposición) para poder tomar decisiones sobre la elección de posiciones de liderazgo, la distribución del tiempo, la financiación adicional, etc. La CdV propone que la consideración de un grupo parlamentario como oposición se determine por la postura de los parlamentarios durante las votaciones más relevantes, como el voto de investidura o la aprobación de los presupuestos[46]. El comportamiento en otras materias de los grupos políticos de oposición no tendría relevancia para su calificación[47].

A la hora de institucionalizar la función de oposición se pueden optar por dos modelos: la identificación formal de un grupo parlamentario como la oposición parlamentaria o la creación de normas a las que pueden acceder los grupos parlamentarios en función de su representación[48].

El primer caso, consiste en dotar de un estatuto a un grupo parlamentario identificado como oposición. Proviene del sistema británico y va condicionado a que el grupo parlamentario reconocido como oposición sea la única alternativa de gobierno. Esto ocurre principalmente en sistemas de elección mayoritarios. En sistemas electorales proporcionales, en la medida en que produce una pluralidad de partidos, este criterio quiebra puesto que la alternativa puede no constituirla un solo partido[49]. Como consecuencia, no se justifica el otorgamiento de

---

[45] *Ibid.*, párr. 40-42.

[46] La CdV no elabora una lista exhaustiva pero sí señala un ejemplo a evitar. En Francia se reguló que los grupos parlamentarios habían de manifestar su lealtad sea al grupo mayoritario o a la oposición. Con esa declaración se obtenían prerrogativas para ejercer la labor de control. En caso de que no se realizara, la mesa de la Asamblea Nacional sería la encargada de calificar al grupo. El Consejo Constitucional declaró su inconstitucionalidad al considerar que establecía una diferencia de trato injustificada, *vid.*, Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, *op. cit*., párr. 84.

[47] *Ibid.*; Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 42-44.

[48] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 41-42.

[49] En el informe de 2010 se cita esta opinión donde se aconseja a Ucrania no institucionalizar en un solo grupo parlamentario, el que obtenga más representación, ya que la cultura del país es multipartidista y varios grupos parlamentarios pueden constituir la alternativa de gobierno, *vid.*, Venice Commission, *CDL-AD(2007)019, Opinion on the draft Law on the Parliamentary Opposition in Ukraine*, adopted by the Venice Commission At its 71st Plenary Meeting, Venice, 1-2 June 2007, párr. 5-8.

un estatuto a un solo grupo parlamentario. En estos casos la CdV lo desaconseja al afirmar que no es constructivo, va en contra del principio de igualdad de los diputados y puede ser una fuente de resentimiento para el resto de los partidos[50].

En el segundo caso, a través de la elaboración de normas neutrales (en el sentido de que no aluden directamente a un sujeto calificado como oposición) que confeccionan instrumentos y derechos de participación procedimental a los que los grupos parlamentarios pueden acceder, habitualmente en la forma de minoría cualificada, en función de su representación. Esto también se traduce en la atribución de decisiones (pactos de Estado), iniciar investigaciones, solicitar información, establecer comisiones especiales, etcétera.[51].

2.3. Nivel y regulación legal

La CdV establece que el principio general que ha de regir es que la regulación debe impedir que la mayoría pueda alterar o enmendar las normas más fundamentales relativas a la oposición, al menos de forma inmediata[52]. Como norma general, se pueden regular en la constitución, las leyes, los reglamentos parlamentarios, las convenciones o las costumbres. La determinación depende en gran parte de la cultura y el contexto: «*[i]n mature and stable democracies, with traditions of political tolerance, the opposition can thrive without legal guarantees, while in other political systems the opposition may be severely restricted even if it enjoys a high degree of formal protection*»[53].

El sistema británico nos sirve de punto de partida. La oposición parlamentaria se regula primordialmente por prácticas y convenciones. Existen también algunas normas en su reglamento parlamentario (*Standing Orders*), como la atribución de los «días de la oposición»[54] o la presidencia de comisiones. Lo determinante es que el reglamento parlamentario puede ser modificado por una mayoría simple, pero la cultura de autocontención lo impide.

---

[50] Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, *op. cit*., párr. 80.

[51] *Ibid.*, párr. 129.

[52] *Ibid.*, párr. 88; Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 33.

[53] Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, *op. cit*., párr. 38.

[54] Los «días de la oposición» se refieren a momentos específicos durante las sesiones plenarias del Parlamento en los que la oposición tiene la posibilidad de dirigir el debate y establecer la agenda. Estos días están destinados a equilibrar la capacidad de la mayoría gobernante para establecer la agenda, y su inclusión es considerada una buena práctica parlamentaria.

En el supuesto de las democracias menos maduras la CdV aconseja la formalización de los derechos de la oposición y, más en concreto, la consolidación constitucional de los más fundamentales. El resto de las normas, en especial las reglas procedimentales, se han de poder adaptar a las diferentes circunstancias[55]. Este último aspecto se puede ilustrar con dos opiniones emitidas por la CdV en los contextos de democracias más recientes como Ucrania y Hungría. En el caso de Ucrania, en la valoración sobre el borrador de su constitución, se valoró positivamente la inclusión de los derechos de la oposición en su constitución. Se advirtió, sin embargo, que es conveniente que sólo figuren los principios esenciales[56]. En caso contrario, puede dificultar que las normas se adapten a los contextos cambiantes y resta relevancia al principio democrático. En la opinión emitida a Hungría se resaltó el mismo aspecto: «*parliaments should be able to act in a flexible manner in order to adapt to new framework conditions and face new challenges within society. Functionality of a democratic system is rooted in its permanent ability to change*»[57].

El propósito de constitucionalizar las normas esenciales radica en prevenir que el partido ganador de una elección pueda emplear su poder para reformar la legislación: alterando así los principios fundamentales que rigen a la oposición parlamentaria[58]. A su vez, permitiendo que los aspectos secundarios queden al alcance de las mayorías circunstanciales, se garantiza que una nueva fuerza política que asume el poder no se sienta constreñida en su capacidad para gobernar, evitando así el riesgo de deslegitimación del sistema.

Lo importante con las regulaciones formales es encontrar un equilibrio entre garantizar cierta estabilidad y la posibilidad de poder modificarlas para adaptarlas a las circunstancias cambiantes. Por esta razón, la CdV previene sobre la posibilidad de modificarlas de forma implícita, sin el correspondiente debate ni procedimiento adecuado. Para evitarlo, describe diferentes modelos posibles: reformar por mayorías cualificadas; solicitar una revisión externa por parte del Tribunal Constitucional sobre las enmiendas o regulaciones; o establecer un plazo de demora de su vigencia para que la mayoría no puede ser beneficiaria de los cambios de forma inmediata. Y acaba por promover, en aras del principio de autonomía parlamentaria, que se regulen dichas

---

[55] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 31.

[56] Venice Commission, *CDL-AD(2014)037-e, Opinion on the Draft law amending the Constitution of Ukraine*, endorsed by the Venice Commission at its Plenary Session (Rome, 10-11 October 2014)., párr. 19.

[57] Venice Commission, *CDL-AD(2011)016-e, Opinion on the new Constitution of Hungary*, adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011)., párr. 24.

[58] Las mayorías cualificadas devienen ineficaces en ocasiones como las elecciones húngaras de 2010 donde Fidesz con el 53 por 100 de los votos obtuvo el 68 por 100 de los asientos de la cámara; con dos tercios de representación pudo reformar unilateralmente la constitución.

cuestiones en el reglamento parlamentario. Asimismo, se decanta por la opción de aprobarlas por mayoría cualificada[59].

En algunos casos, la CdV aconseja no regular ciertas áreas en la medida en que puede acabar resultando contraproducente. En la opinión formulada sobre las enmiendas al reglamento parlamentario de Ucrania, se recomendó no regular las coaliciones parlamentarias para formar gobiernos, al aducir que reducía la flexibilidad de formar gobierno de una forma innecesaria[60].

2.4. Participación en la función legislativa

La CdV centra la participación en la función legislativa en seis puntos: 1) el orden del día; 2) la distribución del tiempo oral; 3) la presentación de enmiendas; 4) la exigencia de mayoría cualificada; 5) la presentación de una iniciativa legislativa y; 6) la incoación del control de constitucionalidad.

En primer lugar, el orden del día lo aborda a través de la posibilidad de que la oposición convoque una sesión extraordinaria del Parlamento, su influencia en la preparación del orden del día para una próxima sesión y la posibilidad de que añada de manera urgente un punto en el orden del día.

Primero, en la gran mayoría de democracias actuales, el Parlamento está en sesión de forma regular, con la excepción de los periodos vacacionales, y las sesiones extraordinarias han perdido prácticamente toda su relevancia. En este contexto, la CdV recomienda que, durante un periodo de descanso o de vacaciones, la oposición, o un grupo minoritario cualificado de miembros, tengan la capacidad de solicitar la convocatoria de una sesión extraordinaria. Aconseja un quórum de un cuarto de los miembros para llevarlo a cabo[61].

Segundo, recomienda que la oposición tenga una oportunidad razonable para influir en la agenda de las futuras sesiones parlamentarias. Sugiere que se puede garantizar a través de minorías cualificadas que permitan incluir puntos en la agenda o de la concesión de los «días de la oposición». Ello posibilita introducir proposiciones de ley y ejercer la función de control[62].

---

[59] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 35-38.

[60] Venice Commission, *CDL-AD(2017)026-e, Opinion on the amendments to the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine*, adopted by the Venice Commission at its 112th Plenary Session (Venice, 6-7 October 2017), párr. 37-44.

[61] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 93.

[62] *Ibid.*, párr. 97.

Tercero, la CdV afirma que la oposición ha de tener derecho a solicitar debates en torno a temas actuales o urgentes en el curso de una sesión, que deberán ser otorgados si se logra un quórum de un cuarto de los integrantes. De manera alternativa, se puede establecer un período específico semanal o mensual destinado a la oposición, en el que puedan determinar la agenda. La CdV no se muestra en contra de atribuir la facultad de realizar debates sobre temas actuales o urgentes al Gobierno, pero matiza que puede ocasionar que lo utilice para eludir debatir de forma seria y rigurosa los temas propuestos por la oposición[63].

En segundo lugar, el tiempo de palabra en los debates plenarios se asigna generalmente a los grupos parlamentarios en proporción a su representación en el Parlamento[64]. La CdV considera que puede otorgarse más tiempo a la oposición en aquellos debates sobre proyectos de ley presentados por el Gobierno, o proposiciones de ley apoyadas por los parlamentarios de la mayoría. También es favorable a que se realice una distribución equitativa del tiempo de palabra entre la mayoría y la oposición, independientemente de su fuerza en el Parlamento[65].

En tercer lugar, la regla general es que tanto un diputado como un grupo de oposición ha de poder presentar enmiendas[66]. Existen, sin embargo, una serie de límites. Primero, el derecho de enmienda no puede ejercerse en cualquier momento del proceso legislativo, sino que debe encajar en el orden de las deliberaciones parlamentarias. El reglamento del Parlamento debe establecer un orden temporal para el ejercicio de este derecho[67]. Segundo, las enmiendas deben ser relevantes para el tema del proyecto de ley que se pretende modificar. No deben reintroducir propuestas que ya han sido discutidas y rechazadas previamente en relación con el mismo proyecto de ley[68]. Tercero, debe haber un mecanismo u órgano (como una comisión relevante, la mesa o el presidente del Parlamento) que controle la relevancia y la originalidad de las enmiendas. Este «filtro» debe ser llevado a cabo por un árbitro que garantice neutralidad[69]. Cuarto, en muchos países hay limitaciones estrictas al derecho de enmienda en cuestiones relacionadas con la ley de presupuestos. Estas restricciones están diseñadas para garantizar la coherencia y el equilibrio del presupuesto. La CdV expresa sus reservas

[63] *Ibid.*, párr. 100-101.

[64] Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, *op. cit*., párr. 56.

[65] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 102.

[66] *Ibid.*, párr. 104.

[67] *Ibid.*, párr. 105.

[68] *Ibid.*, párr. 106.

[69] *Ibid.*, párr. 107.

y considera que el examen y enmienda de los presupuestos ha de ser una de las principales prerrogativas del Parlamento[70].

En cuarto lugar, el uso de mayorías cualificadas en determinadas circunstancias es recomendado por la CdV porque fortalece el papel de la oposición. Sugiere su utilización en tres casos: reformas de la constitución, leyes orgánicas y los reglamentos del Parlamento[71]. Se ha de exigir en aquellas materias consideradas de gran importancia, puesto que la: «*functionality of a democratic system is rooted in its permanent ability to change. The more policy issues are transferred beyond the powers of simple majority, the less significance will future elections have, and the more possibilities does a two-third majority have of cementing its political preferences and the country's legal order*»[72].

En quinto lugar, el referéndum constituye una opción constitucional. Allí donde se contemple, la CdV recomienda que la oposición pueda iniciar la discusión sobre su necesidad y se decida por mayoría. De forma alternativa, puede ser positivo que se pueda activar mediante un procedimiento de recolección de firmas para evitar el bloqueo de la mayoría. De este modo, la amenaza de un referéndum puede facilitar el compromiso[73]. Se ha de evitar que la mayoría pueda utilizar este instrumento para eludir los procedimientos parlamentarios normales, o para convertirlo en un plebiscito de apoyo con que crear presión política sobre la minoría[74].

En sexto lugar, la capacidad de incoar un control de constitucionalidad sobre las leyes, en democracias constitucionales, es un corolario del Estado de Derecho. No obstante, no todos los países disponen de este instrumento[75]. La CdV aprecia que existen argumentos sólidos a favor de conceder la facultad de solicitar dicha revisión a una fracción minoritaria del Parlamento. Considera que debe ser posible a petición de un tercio o un cuarto de los miembros, aunque el umbral puede ser aún más bajo, particularmente en contextos en los que el cuerpo legislativo está considerablemente dividido (por ejemplo, un quinto de todos los parlamentarios)[76].

---

[70] *Ibid.*, párr. 109.

[71] *Ibid.*, párr. 111-114.

[72] Venice Commission, *CDL-AD(2011)016-e, Opinion on the new Constitution of Hungary*, *op. cit*., párr. 24.

[73] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit.*, párr. 115.

[74] *Ibid.*, párr. 116.

[75] Por ejemplo, Holanda y Reino Unido no disponen de control de constitucionalidad. En Holanda, la falta de incoación constitucional se compensa por un control judicial con base a las leyes internacionales, que tienen un rango superior a las leyes nacionales y la constitución. En Reino Unido existe la «declaración de incompatibilidad» en la que un tribunal competente puede declarar la incompatibilidad de una ley, o parte de esta, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, dicha declaración no es vinculante, solo tiene efectos de presión política. *Vid*., *ibid.*, párr. 117.

[76] *Ibid.*

2.5. Participación en la función de control

La participación de la oposición parlamentaria en la función de control de las cámaras la realiza a través de los instrumentos clásicos del control parlamentario: preguntas, interpelaciones, comparecencias de cargos públicos en comisión, mociones de censura, juicio político (*impeachment*) en sistemas presidenciales y comisiones de investigación.

En primer lugar, la CdV establece que en el programa de debates parlamentarios se ha de posibilitar que la oposición pueda escuchar y preguntar (de forma oral o escrita) al Gobierno y a sus funcionarios de forma regular. También, ha de tener la posibilidad de abrir un turno de preguntas en la presentación de informes al Parlamento[77]. Al mismo tiempo, la oposición tiene derecho a obtener información y respuestas de los órganos estatales, que tienen el deber de responder de manera oportuna fuera del turno de preguntas[78].

En algunos ordenamientos jurídicos existe la posibilidad de que los parlamentarios dirijan consultas individuales a los órganos y funcionarios del Estado fuera de las sesiones y de las reuniones de las comisiones. Para evitar un abuso de este instrumento, la CdV recomienda que se especifique, en el reglamento parlamentario o por ley, qué tipo de documentos (o información) se pueden solicitar y si se ha de acreditar interés por los mismos[79].

En segundo lugar, aconseja regular las interpelaciones, especialmente en aquellos Estados en que las normas para intervenir en el pleno del Parlamento son estrictas, en la medida en que se reserva este derecho a diputados y ministros del Gobierno. Para minimizar el riesgo de uso indebido del derecho de interpelación por parte de los parlamentarios de la minoría, la CdV sugiere establecer un umbral mínimo de parlamentarios para proponer tales mociones (exigiendo que las solicitudes de interpelación sean respaldadas por una minoría cualificada de parlamentarios). Describe que en algunos ordenamientos jurídicos se asocia la interposición de una interpelación a una posterior moción de censura. En estos casos, recomienda separar los dos procesos para evitar una escalada artificial del conflicto[80].

---

[77] *Ibid.*, párr. 122-123.

[78] *Ibid.*, párr. 124.

[79] *Ibid.*, párr. 125.

[80] Se ha de destacar que el informe de la oposición cita a otro documento anterior de la CdV y sostiene que la recomendación es «*separating the interpellation procedure (which may lead to the vote of no confidence) from a simple inquiry, in order to avoid the danger of artificial escalation of conflicts*». El informe citado es una opinión sobre el borrador de la constitución de Ucrania, donde se advierte del peligro de que una simple consulta, acompañada de un debate, pueda conducir a una a moción de censura; y recomienda separar los diferentes procedimientos. A nuestro juicio, es más respetuoso con la finalidad de evitar una escalada artificial de conflictos, interpretar

En tercer lugar, un miembro de la comisión que sea de la oposición ha de poder solicitar la comparecencia de un cargo gubernamental o una persona designada por el mismo. Asimismo, la oposición ha de poder solicitar, sin necesidad de formar parte de la comisión, dicha comparecencia y formularle preguntas. La propuesta puede ser aprobada por el presidente de la comisión o por una minoría cualificada[81].

En cuarto lugar, la CdV considera que, en un sistema parlamentario, es vital que la oposición tenga la facultad de proponer una moción de censura contra el Gobierno en su totalidad. En cambio, se muestra más cauteloso a la hora de utilizarla para destituir a un ministro concreto. Ello es debido a que, mientras reconoce que se utiliza de manera correcta en Estados miembros del Consejo de Europa, considera que es un mecanismo que puede ser abusado con facilidad y provocar un gobierno más frágil. Por tanto, dependerá de cada contexto su implementación[82]. Respecto a las características de la moción de censura, afirma que ha de ser una iniciativa colectiva, recomienda que la destitución del Gobierno se lleve a cabo por una mayoría absoluta de los votos y que se pueda activar el mecanismo con una minoría cualificada. Por último, se decanta por la implementación de una moción de censura constructiva[83].

En quinto lugar, en el caso de los juicios políticos (*impeachment*), en el que se investiga a un ministro o presidente por la comisión de hechos ilícitos específicos, la CdV aconseja que tanto en la activación del proceso como en su aprobación se requieran mayorías más elevadas que la moción de censura. Especialmente si el propósito es enjuiciar a un presidente. Sin embargo, las mayorías no han de hacer imposible que el proceso se lleve a cabo[84].

En sexto lugar, el papel esencial de una comisión de investigación es asegurar el control parlamentario sobre el ejecutivo, aunque también puede establecerse para otros propósitos, como la obtención de información para objetivos legislativos (comisión de estudio). Las comisiones de investigación pueden estar conformadas por parlamentarios o por expertos independientes[85]. Los miembros de las comisiones desempeñan una función de investigación que la CdV denomina como «cuasi-jurisdiccional» y, en consonancia, recomienda que no estén sujetos a

---

la recomendación de la opinión sobre el borrador de la Constitución de Ucrania en el sentido de separar la interpelación de la moción de censura. *Vid*., Venice Commission, *CDL-INF(1996)006, Opinion on the Draft Constitution of Ukraine*, adopted at the 27th Meeting of the Venice Commission on 17-18 May 1996, p. 11; *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 127.

[81] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit.*, párr. 126-127.

[82] *Ibid.*, párr. 128.

[83] *Ibid.*, párr. 129.

[84] *Ibid.*, párr. 130.

[85] *Ibid.*, párr. 131.

disciplina de partido. Sobre su composición describe tres posibles modelos: la aplicación del principio de representación proporcional, que la oposición sea mayoría o que esté presidida por un parlamentario de la oposición[86].

2.6. Cooperación con el Gobierno

Se puede argumentar que la formalización jurídica de la cooperación entre la mayoría y la oposición, en su dimensión de llevar a cabo decisiones de Estado, está configurada constitucionalmente para la oposición parlamentaria como alternativa de gobierno. Con esta perspectiva, cabe abordar los nombramientos de altos cargos de instituciones independientes y las reformas constitucionales.

El primer supuesto es el nombramiento de altos cargos de instituciones independientes (por ejemplo, los magistrados del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Superior Judicial, el Defensor del Pueblo, los miembros de la Comisión Electoral Central, etc.). La CdV recomienda que la elección de sus miembros, debido al importante rol que ejercen, sea lo más neutral posible. En este supuesto el contenido de la neutralidad se puede interpretar en el sentido de elegir a miembros más técnicamente capacitados por consenso, para evitar que la institución pueda devenir en un órgano al servicio de los intereses de una mayoría circunstancial. De esta manera, se posibilita vetar tanto a los miembros muy politizados como a los menos preparados[87].

La lógica que subyace detrás consiste en reconocer la existencia de ámbitos de poder que se deben sustraer de la lógica partidista, donde la mayoría de turno decide. La CdV lo expresa al afirmar la necesidad de despolitizar ciertas decisiones (o como matiza el profesor Castellà, desgubernamentalizar[88]). La justificación en este supuesto es la independencia del poder judicial o de las instituciones independientes.

La CdV resalta que la operatividad de los mecanismos implementados dependerá de la capacidad de hacer pactar a la mayoría. Según el contexto, ha recomendado la implementación de mayorías cualifica-

[86] *Ibid.*, párr. 133.
[87] *Ibid.*, párr. 139.
[88] J. M. Castellà Andreu, «Repensando las funciones del Parlamento: el papel de la oposición según la Comisión de Venecia», *op. cit.*, p. 246.

das[89]; de representación proporcional[90]; o un sistema mixto: la participación en el proceso de decisión de expertos fuera del ámbito de la política, nominados por actores más neutrales (asociaciones profesionales, sociedad civil, etc.) con la finalidad de transmitir confianza al público[91] o posibilitar que un órgano colegiado incluya miembros que hayan sido elegidos por mayoría simple y otros por mayoría cualificada[92].

Un ejemplo reciente de la aplicación de las dos fórmulas para obtener la neutralidad lo encontramos en Moldavia. La CdV formuló una opinión sobre el borrador de una ley cuya función era acabar con las influencias ilegítimas sobre el Estado. En la misma se regulaba una comisión encargada de obtener información, asesorar, dar audiencia a la persona interesada y transmitir una propuesta al Parlamento. Posteriormente, el Parlamento era el encargado de tomar la decisión por mayoría cualificada. La CdV recomendó un sistema mixto, es decir, una representación proporcional en la comisión y aprobación por mayoría cualificada. Argumentó su necesidad en el hecho de que la falta de representación de la oposición parlamentaria puede conllevar a la instrumentalización de la ley contra las financiaciones legítimas de la oposición[93].

En segundo lugar, las reformas constitucionales. A nuestro juicio, las enmiendas constitucionales requieren la participación de la oposi-

---

[89] En Ucrania en 2003, en el borrador de las enmiendas constitucionales de la constitución, la CdV notó que la designación y destitución de dichos cargos (presidente del jefe de la Comisión Antimonopolio, presidente de la Comisión Estatal de Radiodifusión y Televisión y del jefe del Servicio de Seguridad) se realizaba por el Gobierno, y recomendó el uso de mayoría cualificada. Sobre la nueva constitución de Montenegro en 2007, hizo notar que los miembros del Tribunal Constitucional no podían ser elegidos directamente por el presidente, y recomendó el uso de una mayoría cualificada junto a otros instrumentos para obtener una independencia efectiva. En Ucrania en 2008, en un borrador de la constitución, hizo la misma apreciación con el Defensor del Pueblo. *Vid*., Venice Commission, *CDL-AD(2003)019-e, Opinion on three Draft Laws proposing Amendments to the Constitution of Ukraine*, adopted by the Venice Commission at its 57th Plenary Session (Venice, 12-13 December 2003), párr. 35; *CDL-AD(2007)047-e, Opinion on the Constitution of Montenegro*, adopted by the Venice Commission at its 73rd Plenary Session (Venice, 14-15 December 2007), párr. 122 y 42.

[90] La CdV ha considerado necesaria la representación proporcional respecto de la creación de una comisión asesora que, con carácter consultivo, pueda proponer el veto de un juez o fiscal, en un contexto de corrupción notable del sistema judicial. *Vid*., Venice Commission, *CDL-AD(2023)005-e, Republic of Moldova - Joint opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the draft Law on the external assessment of Judges and Prosecutors*, adopted by the Venice Commission at its 134th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2023), párr. 38-39.

[91] Venice Commission, *CDL(1995)073rev-e, Opinion on the regulatory concept of the Constitution of the Republic of Hungary*, adopted at the Commission's 25th Plenary Meeting, Venice, 24 - 25 November 1995, p. 11.

[92] Venice Commission, *CDL-AD(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, *op. cit*., párr. 142-143.

[93] Venice Commission, *CDL-AD(2023)010, Republic of Moldova - Interim Opinion on the Draft Law on Limiting Excessive Economic and Political Influence in Public Life (Deoligarchisation)*, adopted by the Venice Commission at its 134 th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2023), pp. 41, 65 y 66.

ción parlamentaria para dar legitimidad, continuidad y estabilidad. En el proceso de adopción de una nueva constitución en Chile, la CdV afirmó la importancia de que el consenso fuera sustancial[94]. Ello precisa que la oposición parlamentaria represente a una parte significativa de la población, en definitiva, que sea la alternativa de gobierno.

Una imposición de una mayoría circunstancial supondría una quiebra que desestabilizaría la unidad social e incluso, al menos a un nivel simbólico, deslegitimaría el nuevo texto constitucional. En palabras del profesor Aragón: «[n]ada es más contrario a la idea de la constitución democrática que las llamadas constituciones de partido, o la de utilizar un proyecto de reforma como pura bandera electoral, o la de improvisar reformas sin la necesaria reflexión y preparación»[95].

2.7. Seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones y referencias expresas en organismos internacionales

Desde que la CdV publica sus seguimientos, podemos observar que las recomendaciones relativas a la oposición parlamentaria no se han implementado por Turquía[96] y Moldavia[97]; y sí, en un alto grado, en Georgia[98]. En concreto, en este último caso, la CdV sirvió para que la nueva ley electoral, que en un principio se había planteado de manera unilateral, se realizara con la participación de grupos parlamentarios de la oposición. Por supuesto, no son suficientes datos para poder llegar a una conclusión relevante.

---

[94] Venice Commission, *CDL-AD(2022)004, Chile. Opinión sobre la redacción y adopción de una nueva Constitución*, adoptado por la Comisión de Venecia en su 130a Sesión Plenaria (Venecia y en línea, 18-19 de marzo de 2022), párr. 32.

[95] M. Aragón Reyes, «¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla?», *Teoría y realidad constitucional*, 36, 2015, p. 326.

[96] Es la opinión que precede a la STEDH Selahattin Demirtaş contra Turquía, véase: Venice Commission, *CDL-AD(2017)004, Turkey - Opinion on the duties, competences and functioning of the criminal peace judgeships*, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017).

[97] En la opinión se recomienda que el presidente del Parlamento no tenga el poder de coordinar las actividades antiterroristas; ya que esta debería ser una función del ejecutivo. En su lugar, recomienda establecer un procedimiento claro y unívoco de supervisión: el mecanismo de control parlamentario debe ser reforzado, ya sea a través de la subcomisión sobre el Servicio de Inteligencia Secreto o un cuerpo mixto de expertos, ambos con una presencia sólida de la oposición, *vid*. Venice Commission, *CDL-AD(2018)024, Republic of Moldova - Opinion on the Law on preventing and combatting terrorism*, adopted by the Venice Commission at its 116th Plenary Session (Venice, 19-20 October 2018).

[98] Venice Commission, *CDL-AD(2021)026-e Georgia - Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR on the revised amendments to the Election Code of Georgia*, endorsed by the Venice Commission at its 127th Plenary Session (Venice and online, 2-3 July 2021), párr. 12.

Respecto a las referencias expresas de los informes sobre la oposición en organismos internacionales encontramos dos sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y una resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

La primera sentencia, *Karácsony y otros contra Hungría*[99], trata sobre la conducta de siete miembros del Parlamento húngaro al mostrar su disconformidad con las nuevas leyes sobre tabaco y la distribución de tierras agrícolas y forestales, mediante cánticos, agitando pancartas y carteles, y colocando una carretilla llena de tierra en la cámara parlamentaria. Como consecuencia, se les impuso una multa a cada uno de ellos sin otorgarles la posibilidad de defenderse. En la sentencia se mencionan como documentos relevantes dos informes de la CdV[100] (párr. 48 y 49); se cita por parte de los demandantes para justificar que, en Hungría, desde la llegada al Gobierno de la coalición (Fidesz-KNDP) en 2010, ha habido una tendencia de erosión de los derechos de la oposición (párr. 86); y la cita el tribunal a la hora de argumentar sobre la idoneidad de las sanciones (párr. 139 y 142).

La segunda sentencia es *Selahattin Demirtaş contra Turquía*[101], y trata sobre el arresto y la detención preventiva del Sr. Selahattin Demirtaş, quien en ese momento era miembro del Parlamento y no pudo participar en dos campañas cruciales, a saber, el referéndum y las elecciones presidenciales. En la sentencia, como documentos relevantes, se resaltan cuatro opiniones[102] de la CdV (párr. 160-163); se cita a la CdV para resaltar la preocupación de una reforma constitucional que permite levantar la inviolabilidad derivada de las opiniones y votos emitidos en sede parlamentaria, y los efectos que crea en la oposición (párr. 237); y el tribunal se muestra de acuerdo con la opinión de la CdV respecto a que la reforma de la constitución sobre la inviolabilidad

---

[99] STEDH (Gran Sala). *Caso Karácsony y otros contra Hungría*, 17 de mayo de 2016. *Vid. KARÁCSONY AND OTHERS v. HUNGARY (coe.int)* (última consulta realizada el 17 de abril de 2023).

[100] Venice Commission, *CDL-AD(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, cit.; *CDL-AD(2014)011, Report on the scope and lifting of parliamentary immunities*, adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014).

[101] STEDH (Gran Sala). *Caso Selahattin Demirtaş contra Turquía*, 22 de diciembre de 2020. *Vid. SELAHATTİN DEMİRTAŞ v. TURKEY (No. 2) (coe.int)* (última consulta realizada el 17 de abril de 2023).

[102] Venice Commission, *CDL-AD(2016)002-e, Turkey - Opinion on articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey*, adopted by the Venice Commission at its 106th plenary session (Venice, 11-12 March 2016); *CDL-AD(2016)002-e, Turkey – Opinion on the suspension of the second paragraph of Article 83 of the Constitution (parliamentary inviolability)*, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2016); *CDL-AD(2017)005-e, Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly*, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017); *CDL-AD(2017)004, Turkey - Opinion on the duties, competences and functioning of the criminal peace judgeships*, *cit*.

parlamentaria constituye un ataque directo a la oposición parlamentaria (párr. 268 y 269).

La resolución de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa trata los problemas de la oposición en Turquía, en la misma línea que en la sentencia Selahattin Demirtaş contra Turquía, y se titula «Nueva represión contra la oposición política y la disidencia civil en Turquía: necesidad urgente de salvaguardar los estándares del Consejo de Europa»[103]. Es el mismo contexto y se pide a Turquía que adopte las recomendaciones de la CdV (p. 7).

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

En primer lugar, el órgano consultivo del Consejo de Europa proporciona garantías técnicas debido a su prestigio y al procedimiento que utiliza, pero, como cualquier entidad, es perfectible. Aunque existen muchas sugerencias que se podrían plantear para su mejora, nos inclinamos por una: establecer un seguimiento de la efectividad de las recomendaciones puestas en práctica. Esta propuesta permitiría realizar ajustes en función de los nuevos aspectos que la implementación haya revelado.

En segundo lugar, la CdV utiliza una noción amplia de oposición. Sin embargo, cuando analizamos el contenido de la función de oposición, observamos que hay actividades que están configuradas para que las realice la oposición parlamentaria como la alternativa de gobierno (nombramientos de ciertos altos cargos o la reforma constitucional). Esta distinción es importante porque arroja luz sobre la aplicabilidad de las recomendaciones y, desde el punto de vista teórico, nos abre la puerta a considerar que hay dos nociones de oposición parlamentaria.

Por último, si aterrizamos al caso español, es conveniente señalar cuestiones de fondo que afectan al rol de la oposición parlamentaria. Se ha destacar que los aspectos formales, las regulaciones, derivan de principios sin los cuales las normas devienen ineficaces. En estas circunstancias, las propuestas de reforma, por muy creativas e innovadoras que sean, tan solo constituyen parches con capacidad de aliviar, pero no de solucionar problemas. Y en atención a los principios que ha formulado la CdV, la situación del constitucionalismo español no está en un buen momento. Por un lado, el respeto a la oposición, de aceptación de su crítica, sufre un deterioro que se puede identificar en aspectos como la práctica del Gobierno a invertir el ejercicio de control. Por ejemplo, a no responder al contenido de las preguntas, y utilizar el tiempo de respuesta para criticar a la oposición (principio

[103] Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *New crackdown on political opposition and civil dissent in Turkey: urgent need to safeguard Council of Europe standards. Res. 2347. 23/10/2020.*

de solidaridad compartida). Al mismo tiempo, se aprecia una tendencia, propia de los movimientos populistas, a la ideologización de la contienda política. A distinguir, en palabras de Schmitt, entre amigo y enemigo (principio de pluralismo y libertad)[104].

Por otro lado, son manifiestos los problemas respecto al principio de cooperación leal y constructiva. La política en clave partidista, en el sentido más crudo de «rodillo de la mayoría», ha permeado toda la institución parlamentaria. Se materializa en la falta de cooperación en las cuestiones de Estado (e.g. política exterior con Marruecos), a no ser que un requisito formal, y la presión política, obliguen a ello. En esos casos, que en España se han limitado a la elección parlamentaria de los vocales del CGPJ y de las autoridades independientes, la cooperación no tiene la finalidad de garantizar la operatividad de las instituciones, sino que es comprendida como un reparto de cuotas de poder; donde el objetivo es hacerse con su control y alinearlas con objetivos programáticos (principio de frenos y contrapesos). En este contexto, es imperativo emprender el camino de vuelta a los fundamentos constitucionales, al espíritu de concordia que infundió la transición democrática.

4. BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M., «¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla?», *Teoría y realidad constitucional*, 36, 2015, pp. 313-327.

Bartole, S., *The Internationalisation of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, Oxford, Hart Publishing, 2020.

Buquicchio, G., «Retos pasados, presentes y futuros de la Comisión de Venecia», en J. M.ª Castellà, M. Montobbio y S. Granata-Menghini (eds.), *Estado de derecho, democracia y globalización: Una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022, pp. 23-30.

Castellà Andreu, J. M., «Repensando las funciones del Parlamento: el papel de la oposición según la Comisión de Venecia», en A. de la Iglesia (ed.): *El Parlamento a debate en un tiempo nuevo*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023, pp. 231-248.

Council of Europe, *Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law*, 2002, fecha de consulta 4 julio 2023, en *https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_01_Statute*.

Craig, P. P., «Constitucionalismo transnacional: La contribución de la Comisión de Venecia», *Teoría y realidad constitucional*, 40, 2017, pp. 79-109.

Granata-Menghini, S., «Populism and Constitutional Courts: A Perspective from the Venice Commission», en J. M.ª Castellà y M. A. Simonelli (eds.), *Populism and Contemporary Democracy in Europe: Old problems and new challenges*, ebook, Palgrave macmillan, 2022, pp. 91-113.

[104] C. Schmitt, *El concepto de lo político*, 5.ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 56.

Granata-Menghini, S. y Buquicchio, G., «The Venice Commission Twenty Years on, Challenges met, but Challenges Ahead», en M. van Roosmalen, B. Vermeulen, F. van Hoof y M. Oosting (eds.), *Fundamental Rights and Principles: Liber Amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 241-265.

Granata-Menghini, S.; Kuijer, M., «Advisory or de facto binding? Follow up to Venice Commission's opinions: between reality and perception», en S. Granata-Menghini, Z. Caga (eds.), *Venice Commission thirty-year quest for democracy through law 1990 – 2020*, ebook, Juristförlaget i Lund, 2020, pp. 281-297.

Hoffmann-Riem, W., «The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact», *The European Journal of International Law*, 2 (25), 2014, pp. 579-597.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *New crackdown on political opposition and civil dissent in Turkey: urgent need to safeguard Council of Europe standards. Res. 2347. 23/10/2020.*

— *Procedural guidelines on the rights and responsibilities of the opposition in a democratic parliament*, 2008.

Schmitt, C., *El concepto de lo político*, 5.ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2009.

Secretary General of the Council of Europe, *State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law: A security imperative for Europe*, Council of Europe, Sofia, 2016.

Vega García, P. de, «Oposición política», en M. Aragón (ed.), *Temas básicos de Derecho Constitucional: Organización general y territorial del Estado*, vol. 2, Pamplona, Aranzadi, 2011, pp. 227-233.

Venice Commission, *CDL(1995)073rev-e, Opinion on the regulatory concept of the Constitution of the Republic of Hungary*, adopted at the Commission's 25th Plenary Meeting, Venice, 24 - 25 November 1995.

Venice Commission, *CDL-AD(2003)019-e, Opinion on three Draft Laws proposing Amendments to the Constitution of Ukraine*, adopted by the Venice Commission at its 57th Plenary Session (Venice, 12-13 December 2003).

— *(2007)019, Opinion on the draft Law on the Parliamentary Opposition in Ukraine*, adopted by the Venice Commission At its 71st Plenary Meeting, Venice, 1-2 June 2007.

— *(2007)047-e, Opinion on the Constitution of Montenegro*, adopted by the Venice Commission at its 73rd Plenary Session (Venice, 14-15 December 2007).

— *(2010)025, Report on the role of the opposition in a democratic Parliament*, adopted by the Venice Commission, at its 84th Plenary Session (Venice 15-16 October 2010).

— *(2011)016-e, Opinion on the new Constitution of Hungary*, adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011).

— *(2014)011, Report on the scope and lifting of parliamentary immunities*, adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014).

— *(2014)037-e, Opinion on the Draft law amending the Constitution of Ukraine*, endorsed by the Venice Commission at its Plenary Session (Rome, 10-11 October 2014).

— *(2016)002-e, Turkey - Opinion on articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey*, adopted by the Venice Commission at its 106th plenary session (Venice, 11-12 March 2016).

— *(2016)002-e, Turkey – Opinion on the suspension of the second paragraph of Article 83 of the Constitution (parliamentary inviolability)*, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2016).
— *(2017)004, Turkey - Opinion on the duties, competences and functioning of the criminal peace judgeships*, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017).
— *(2017)005-e, Turkey - Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly*, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017).
— *(2017)026-e, Opinion on the amendments to the Rules of Procedure of the Verkhovna Rada of Ukraine*, adopted by the Venice Commission at its 112th Plenary Session (Venice, 6-7 October 2017).
— *(2018)024, Republic of Moldova - Opinion on the Law on preventing and combatting terrorism*, adopted by the Venice Commission at its 116th Plenary Session (Venice, 19-20 October 2018).
— *(2019)015, Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, adopted by the Venice Commission at its 119th Plenary Session (Venice, 21-22 June 2019) and endorsed by the Committee of Ministers on 5 February 2020.
— *(2020)007, Joint opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the revised draft provisions on amendming and supplementing the constitution with respect to the superior Council of Magistracy*, adopted by the Venice Commission on 18 June 2020 by a written procedure replacing the 123rd Plenary Session.
— *(2020)015, Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate of Human Rights (DHR) of the Directorate Generale of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the Draft Law on Amending the Law no. 947/1996 on Superior Council of Magistracy*, endorsed by the Venice Commission on 18 June 2020 by a written procedure replacing the 123rd Plenary Session.
— *(2021)026-e Georgia - Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR on the revised amendments to the Election Code of Georgia*, endorsed by the Venice Commission at its 127th Plenary Session (Venice and online, 2-3 July 2021).
— *(2022)004, Chile. Opinión sobre la redacción y adopción de una nueva Constitución*, adoptado por la Comisión de Venecia en su 130a Sesión Plenaria (Venecia y en línea, 18-19 de marzo de 2022).
— *(2022)008, Belarus- Urgent Interim Opinion on the Constitutional Reform*, endorsed by the Venice Commission at its 130th Plenary Session (Venice and online, 18-19 March 2022).
— *(2023)005-e, Republic of Moldova - Joint opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the draft Law on the external assessment of Judges and Prosecutors*, adopted by the Venice Commission at its 134th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2023).
— *(2023)010, Republic of Moldova - Interim Opinion on the Draft Law on Limiting Excessive Economic and Political Influence in Public Life (Deoligarchisation)*, adopted by the Venice Commission at its 134 th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2023).

VENICE COMMISSION, *CDL-INF(1996)006, Opinion on the Draft Constitution of Ukraine*, adopted at the 27th Meeting of the Venice Commission on 17-18 May 1996.
VERGOTTINI, G. DE, «La forma de Gobierno de oposición garantizada», *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1979, pp. 5-42.
— *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983.

CAPÍTULO VII

FORMAS DE PROMOCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA PARA GRUPOS Y SU FUNCIÓN CONTRAMAYORITARIA

Oriol Fontcuberta Rodríguez
Investigador predoctoral
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de su existencia las democracias constitucionales han desarrollado numerosos mecanismos de defensa contra la tiranía y las mayorías coyunturales. Sin renegar del principio mayoritario, han fijado límites al poder de la mayoría y han establecido reglas para suavizar, enfriar y moderar su actuación. De las múltiples y muy variadas formas de realizar esta limitación, en este trabajo pretendemos abordar la función contramayoritaria que realizan las diferentes formas de producción de representación política para grupos. Por formas de producción de representación política para grupos entendemos aquellas regulaciones o derechos que garantizan o promueven la elección de representantes políticos de un grupo concreto. Desde el Derecho electoral comparado realizaremos una aproximación sistemática a esta realidad que nos permitirá analizar su potencial contramayoritario.

El trabajo consta de tres partes, una primera introductoria al fenómeno autoritario y como afecta este a los grupos, una segunda parte dedicada a definir y esclarecer conceptualmente el objeto de estudio, cuestión no exenta de polémica, y la última, y más extensa, dedicada a las formas de producción de representación política para grupos y su función contramayoritaria. La producción de representación política

para grupos adolece de una falta de estudio en profundidad, carencia que se hace todavía más patente en el ámbito del Derecho constitucional. Esta exigua atención académica hace necesario que en estas páginas combinemos el estudio de estos derechos, y el ensayo de una aproximación teórica a los mismos, con el examen de su función contramayoritaria, puesto que difícilmente se puede realizar lo segundo sin lo primero.

2. CONTEXTO: POPULISMO, MAYORÍA Y MINORÍA

El populismo no tiene una ideología propia, o, mejor dicho, tiene una ideología «delgada», que se nutre de otras verdaderas ideologías con las que se viste y se presenta ante el público, siendo muy pocas el conjunto de ideas propias del populismo[1]. Una de las características principales del populismo es tratar de apoderarse de los conceptos y categorías del constitucionalismo para modificar su contenido, adaptándolo a sus propios fines, sin que parezca que ha ocurrido un cambio constitucional[2]. Uno de los conceptos más fundamentales que trata de modificar es la idea de la democracia liberal, «las corrientes populistas y autoritarias […] reducen la democracia a la regla de la mayoría con minusvaloración de toda forma de control del poder, sea político sea judicial, así como del pluralismo y los derechos de las minorías»[3].

Las corrientes iliberales, usualmente, se sirven de un discurso basado en la identificación de sí mismos con el «pueblo», que agrupa a la mayoría «buena», frente a un grupo antagonista, caracterizado como el culpable de todos los males[4]. En esta lógica dicotómica, el populismo puede encontrar a su némesis, y generalmente así lo hace el populismo nacionalista, en otras comunidades, que pueden ser extranjeras o minorías dentro del propio Estado[5]. No obstante, es preciso hacer notar que esta no es la única forma de construir el «pueblo» populista y que

---

[1] T. Ginsburg, A. Z. Huq, *How to save a constitutional democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018, p. 82.

[2] G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 11.

[3] J. M. Castellà Andreu, «La aportación de la Comisión de Venecia a la preservación del Estado de Derecho», en *Revista General de Derecho Constitucional*, 38, 2023, p. 27.

[4] J. J. Olivas Osuna, «Populismo en España: Fundamentos Teóricos y Relatos Dominantes», en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 47, 2021, p. 379.

[5] À. Rivero, «Populismo: ¿Cómo destruir la democracia en nombre de la democracia?», en Rivero, Zarzalejos, del Palacio (eds.), *Geografía del populismo: un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump*, Madrid, Tecnos, 2017, p. 37; T. Ginsburg, A. Z. Huq, *How to save a constitutional democracy*, *op. cit*., pp. 107-108.

el mismo también puede construirse por una agregación de minorías, como un sujeto plural, a pesar de que no es la forma más frecuente[6].

Existe, por tanto, un riesgo de abuso por parte de la mayoría sobre la minoría que el Estado de derecho trata de minimizar mediante instrumentos contramayoritarios[7]. En este trabajo pretendemos centrarnos en la función contramayoritaria de las formas de producción de representación política para grupos que, precisamente, tienen a los mismos protegidos como principales protagonistas.

3. DELIMITACIONES CONCEPTUALES

3.1. Grupo

Para abordar adecuadamente el objeto de estudio debemos, primero, delimitar el término «grupo» o, lo que es lo mismo, el sujeto beneficiado de las formas de producción de representación que pretendemos estudiar. Aunque el trabajo toma la óptica del Derecho electoral comparado, el desarrollo del derecho internacional público nos servirá para situarnos en un punto de partida conceptual y terminológico. A nivel internacional «se propuso la sustitución de[l término] minorías por comunidades, grupo social, pueblo o, simplemente, grupo»[8], tanto para el Pacto internacional de derecho civiles y políticos de 1966 como para la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de 1992[9]. Las diferentes propuestas trataban de englobar a todos los posibles colectivos para evitar que ninguno se quedase sin protección jurídica a nivel internacional. En última instancia se optó por el término «minoría», cuyo uso está ampliamente difundido, a pesar de que no está definido «en ningún instrumento internacional de carácter universal»[10]. La causa de esta indefinición es la misma, ya expuesta, que motivó las dificultades para encontrar un término, la preocupación de excluir a algún grupo[11].

---

[6] C. de la Torre, «El populismo y la promesa de una democracia más inclusiva», en *op. cit.* p. 61.

[7] Comisión de Venecia, *Criterios de verificación del Estado de Derecho, CDL-AD(2016)007*, 2016, párr. 33.

[8] J. A. Souto Paz, *Comunidad política y libertad de creencias: introducción a las libertades públicas en el derecho comparado*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 200-201.

[9] Estos fueron los primeros textos en abordar la cuestión de los grupos a nivel global dada su ausencia en la Declaración Universal de los Derecho Humanos. J. Chinchón Álvarez, «Las minorías en Derecho Internacional», en *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16, 2019, pp. 244-245.

[10] E. González Hidalgo y E. J. Ruiz Vieytez, «La definición implícita del concepto de minoría nacional en el Derecho Internacional», en *Derechos y Libertades*, 27, 2012, p. 22.

[11] D. Sayago Armas, «La protección de las minorías: un desafío en clave de constitucionalismo multinivel», en *Revista de Derecho Político*, 106, 2019, p. 236.

En este trabajo nos hemos decantado por el término «grupo» por parecernos el más amplio y neutral de todos y, por tanto, que puede dar cabida a todos los posibles colectivos que se benefician de alguna o varias formas de producción de representación política. Aunque preferimos el término «grupo» y el matiz que aporta, no rechazamos el uso de los términos «minoría» o «colectivo» como sinónimos cuando clarifican la exposición, sobre todo cuando así lo hace el autor o la legislación que estamos tratando.

Vamos a proponer una definición de «grupo» de carácter instrumental al trabajo, sin más pretensión que la de servirnos de marco de referencia para la elaboración del mismo. Entendemos por grupo todos aquellos conjuntos de personas que comparten alguna característica común, que no es compartida por la mayoría, y que se benefician de una regulación especial en materia electoral. Los grupos de los que nosotros nos ocupamos pueden identificarse con los que el profesor Pizzorusso denomina una minoría estructural o tendente a permanecer en el tiempo.[12] Quedan excluidos, por tanto, aquellos sujetos que puedan ser minorías temporales o no cumplen el requisito de ser minoría de forma estructural. Se han identificado en el Derecho electoral comparado los siguientes grupos: minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, grupos raciales, grupos aborígenes o tribales, jóvenes, expatriados, personas con discapacidad y «personas de la diversidad sexual»[13].

Antes de seguir adelante es necesario realizar un breve inciso sobre si el colectivo «mujeres», como sujeto beneficiario de medidas de acción positiva en materia electoral, es o no un grupo tal y como aquí se entiende. Otros ya han abordado esta cuestión y han señalado las diferencias que existen entre los grupos y el colectivo «mujeres» y han defendido que su tratamiento es y debe ser distinto, tanto por parte de la legislación como por parte de la doctrina[14]. Resumidamente, puede decirse que, en primer lugar, las mujeres conforman la mitad de la población, lo que las excluye de ser un grupo diferente a la mayoría. En segundo lugar, en la legislación electoral no es frecuente encontrar medidas dirigidas al colectivo femenino, sino reglas de paridad, total (50/50) o aproximada (40/60 o 30/70, por ejemplo), entre hombres y mujeres, hasta el punto de que cuando existe una sobrerrepresentación

[12] A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, Einaudi, 1993, pp. 45-52.

[13] Estos dos últimos en México, tras la aprobación de la reforma de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, añadiendo el epígrafe 4.º al artículo 11, por Decreto publicado el 2 de marzo de 2023.

[14] Al respecto, *vid*. M. Htun, «Is Gender like Ethnicity? The Political Representation of Identity Groups», en *Perspectives on Politics*, 2 (3), 2004, pp. 439-458; K. Bird, «Ethnic quotas and ethnic representation worldwide», en *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, 35 (1), 2014, pp. 12-26.

de mujeres estas se ven obligadas a ceder sus escaños a los varones[15]. En tercer lugar, tanto la legislación como la doctrina, por regla general, tratan la regulación electoral que afecta a los miembros de los grupos y que afecta a las mujeres por separado. También se ha afirmado que al representar las mujeres a la mitad de la población y ser, por tanto, un colectivo sumamente transversal, carecen de una entidad propia y unos intereses particulares más o menos claros que los grupos, precisamente, tratan de reclamar para sí[16]. Si bien podemos considerar esta afirmación ajustada a la realidad, lo mismo puede predicarse del resto de grupos en diferentes grados, por lo que se trataría únicamente, en principio, de una diferencia cualitativa.

3.2. Formas de producción de representación política para grupos

Desde una perspectiva amplia sobre la relación entre el derecho electoral y los grupos, siguiendo a Flores Juberías, podemos distinguir entre cinco formas de tratar a los mismos por parte de la regulación electoral: 1) rechazar su participación, prohibiéndola o perjudicándola; 2) tomar una postura neutral; 3) promover su participación mediante medidas que faciliten su acceso a las cámaras representativas; 4) garantizar su representación política o 5) hacer de la pertenencia al grupo el eje central del sistema electoral[17].

El rechazo a la participación política específica de los grupos como, por ejemplo, prohibir la creación de partidos políticos de base religiosa o étnica[18], es claramente una posición iliberal y ha sido denunciada por la Comisión de Venecia[19]. El tratamiento neutral, en que el Estado no adopta ninguna medida para favorecer la representación de los miembros de un grupo, pero tampoco les perjudica, es el trato más habitual y propio de los Estados democráticos de derecho, donde la representación de los diferentes grupos se encauza por medio de la representación

---

[15] Por ejemplo, para la conformación de la Convención Constitucional chilena, que redactó la primera propuesta de reforma de la constitución, que posteriormente fue rechazada en referéndum, se estableció una regulación para garantizar que la cámara resultante de las elecciones fuese completamente paritaria (50/50). Esta norma perjudicó a las mujeres, que tuvieron que ceder siete escaños en total.

[16] A. Ruiz Miguel, «Igualdad, libertad, y unidad política: a propósito de las cuotas electorales en México», en Ríos Vega, (ed.), *Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 425.

[17] C. Flores Juberías, «Sistemas electorales y minorías étnicas en la Europa Central y del Este: de la transición a la consolidación de la democracia», en *Revista de estudios políticos*, 166, 2014, pp. 43-51.

[18] Art. 8.3.3 de la Constitución de la República de Kirguistán.

[19] Comisión de Venecia; OSCE-ODIHR, *Joint opinion on the draft constitution of the Kyrgyz Republic, CDL-AD(2021)007*, párr. 136.

ordinaria[20]. Hacer de la pertenencia al grupo el centro del sistema electoral comporta crear formas de producción de representación política para grupos. Sin embargo, se trata de grupos distinto a los tratados en este trabajo, puesto que son comunidades que se reparten el poder en sistemas comunitarios[21].

De las cinco posibilidades de relación entre el Derecho electoral y los grupos, únicamente estamos en presencia de formas de producción de representación política ante la tercera o cuarta de las variantes mencionadas. Entre ambas existe una diferencia sustancial. Por un lado, las regulaciones electorales pueden adoptar medidas que tienden a promover y facilitar el acceso a las cámaras legislativas de representantes o partidos que se identifican con un grupo, pero no les garantizan en ningún caso su elección. En estos casos, estamos ante lo que denominamos formas de promoción de la representación política para grupos. Por otro lado, las leyes electorales o las normas de rango constitucional pueden prever la creación de una circunscripción exclusiva para los miembros de un grupo o algún otro modo de asegurar que un miembro que se identifica con el grupo será electo. Nos referimos, entonces, a formas de garantía de la representación política para grupos, que a menudo se han denominado, también, escaños reservados.

El trabajo adopta como objeto de estudio las formas de promoción de la representación, dejando de lado las formas de garantía. Las primeras presentan una mayor diversidad y graduación que permite analizar mejor qué factores y en qué medida producen un efecto contramayoritario.

Ya se ha dicho que se ha adoptado como método de estudio el Derecho electoral comparado. Se ha considerado oportuno limitar el campo de estudio a los Estados miembros de la Comisión de Venecia, quien ha dedicado varios de sus informes a esta materia exclusivamente[22], y otros tantos a materias relacionadas con los grupos y minorías[23]. Vamos

---

[20] La Comisión de Venecia afirma que las reglas que tratan de proveer de representación especial a los grupos son una excepción y que en muchos casos los grupos obtienen representación mediante la aplicación de las reglas ordinarias, que tratan igual a los miembros del grupo y al resto de la población. Comisión de Venecia, *Electoral law and national minorities, CDL-INF(2000)4*, 2001, párr. 1-2.

[21] Es el caso de Bélgica (donde los parlamentarios se dividen entre los dos principales grupos lingüísticos, neerlandófonos y francófonos, además de una pequeña minoría germanófona en el Senado) y Bosnia y Herzegovina (donde rige un reparto paritario entre las comunidades serbia, croata y bosnia en todos sus órganos electos).

[22] Comisión de Venecia, *Electoral law and national minorities, CDL-INF(2000)4*, *op. cit*.; *Report on electoral rules and affirmative action for national minorities' participation in decision-making process in european countries, CDL-AD(2005)009*, 2005; *The protection of national minorities and elections, CDL-EL(2008)002rev*, 2008; *Report on Dual Voting for Persons belonging to National Minorities, CDLAD(2008)013*, 2008; *Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning electoral systems and national minorities, CDL-PI(2019)004*, 2019.

[23] Por todos, *vid*. Comisión de Venecia, *Compilation of the Venice Commission opinions and reports on the protection of national minorities*, CDL-PI(2022)049, 2022.

a limitar el estudio a las formas de promoción de la representación en el acceso a las cámaras bajas de los parlamentos, teniendo en cuenta que suelen ser la principal institución legislativa y representativa del pueblo en cuanto tal. Las cámaras altas, aunque podrían ser el lugar más indicado para una representación de carácter grupal, no existen en muchos Estados y tienden a crear una sobrerrepresentación territorial o de otros intereses, lo cual comporta la creación de unos diseños institucionales más difíciles de comparar.

4. FUNCIÓN CONTRAMAYORITARIA DE LAS FORMAS DE PROMOCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA PARA GRUPOS

Los instrumentos contramayoritarios en el Estado constitucional deben servir, en última instancia, a la garantía de los derechos de los individuos. Lo mismo ocurre con las formas de promoción de la representación de grupo, que únicamente tienen sentido como garantía de la libertad individual[24]. No obstante, la creación de estas situaciones comporta un conflicto dentro del Estado constitucional democrático. La democracia parlamentaria se funda en «la relación de coherencia instrumental que ha de existir entre ciudadanía/representación/pueblo»[25], que reduce la diversidad existente entre todos los miembros de la comunidad política a la condición de ciudadanos con el objetivo de crear un sujeto homogéneo, el pueblo o nación, que ejerce el gobierno en nombre de todos y permite atribuir al conjunto la decisión de la mayoría. La creación de reglas especiales de representación para ciertos grupos rompe esta regla y crea una suerte de cuerpo externo al demos de la nación que, sin embargo, se encuentra representado junto a este.

Las formas de promoción de la representación de un grupo comportan la posibilidad de que un miembro del mismo se convierta en representante de los intereses y los derechos de los sujetos del grupo directamente vinculado con él. Al romper la relación de coherencia instrumental entre representación y pueblo se convierte el electo por el grupo en representante directo del mismo, a pesar de que luego ejerza como representante de la nación entera. Todo ello, sin embargo, no comporta ninguna garantía de que esta representación redunde en una

---

[24] E. Marzal Yetano, «Cooperación o frustración. Minorías nacionales concurrentes: el caso español», en *Revista de Estudios Políticos*, 192, 2021, p. 133.

[25] F. M. Caamaño Domínguez, «Representación o participación de las minorías: sobre la determinación de algunos espacios constitucionales útiles a las políticas del reconocimiento», en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 3, 2004, pp. 356-357.

defensa adecuada, o la mejor posible, de los intereses de los ciudadanos que pertenecen al grupo al que representa[26].

Las formas de producción de representación política de un grupo actúan como instrumento contramayoritario creando o promoviendo una representación explícitamente fuera de la mayoría, entendiendo por la misma a todos los ciudadano que no pertenecen al grupo. La representación de los grupos ejerce de instrumento contramayoritario llevando al debate parlamentario los asuntos de interés de la minoría, otorgándoles publicidad y defiéndelos con argumentos. También puede tratar de influir en el debate general, modulando o denunciando la acción de la mayoría, según el caso, hasta el punto de poder llegar a influir en la acción de gobierno si cuentan con los representantes necesarios para ello. A su vez, el representante del grupo puede erigirse en defensor de los derechos individuales de los miembros del grupo frente a los ataques de la mayoría; tanto de sus derechos fundamentales, pilar de la libertad, como de los que les son propios por su pertenencia al grupo, como ciertos derechos lingüísticos o religiosos.

Aunque en algunos casos estas regulaciones únicamente proporcionen una representación simbólica en términos absolutos de la composición del órgano representativo, si bien generalmente sobrerrepresentada, esta es suficiente para participar del proceso legislativo y disfrutar de las prerrogativas ordinarias de los parlamentarios y, por tanto, tener la posibilidad de limitar o suavizar la acción mayoritaria mediante la publicidad del debate legislativo, la presentación de enmiendas legislativas o el control al gobierno. Del mismo modo, muchas de las formas de promoción de la representación comportan una rotura con la igualdad aritmética del valor del voto en las elecciones, diluyendo, por tanto, el poder del voto de la mayoría y otorgando mayor representación a los grupos, lo que es claramente un elemento contramayoritario. Todo ello sin tener en cuenta los derechos de veto que se reconocen en algunos casos a los representantes electos por los grupos; como en Eslovenia, donde los representantes electos por los escaños reservados a las minorías húngara e italiana ostentan un derecho de veto sobre «todas las medidas que afectan directamente a las comunidades a las que representan»[27].

Como señala Marzal Yetano, en relación con el referéndum, pero aplicable a cualquier lógica democrática, cuando existe un grupo diferenciado irreductible, con diferencias cualitativas estructurales e identitarias, «al contrario de lo que pasa en sociedades o pueblos homogéneos, la decisión de la mayoría no va a poder ser asumida como propia por la minoría, dado que esta, por definición, no va a poder alcanzar la mayoría, quebrando con ello […] la lógica de la democracia,

[26] *Ibid.*, p. 377.

[27] C. Flores Juberías, «Minorías étnicas y sistemas electorales en la Europa del Este», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 26/27, 1999, n. 63.

[…]. Esta circunstancia obliga, de querer protegerse a esas minorías, a idear modos de compensar su vulnerabilidad frente a la regla de la mayoría»[28]. La Comisión de Venecia ha reconocido que las diferentes formas de producción de representación política para grupos, tanto de garantía como de promoción, sirven para frenar y prevenir los potenciales conflictos dentro de un mismo estado entre la mayoría y la minoría[29]. Pueden actuar, por tanto, como instrumento contramayoritario capaz de reconducir la situación a los cauces políticos, obligando a la mayoría a realizar un debate democrático.

Por último, debe señalarse que no cabe asimilar la representación del grupo o la minoría, tal como aquí se entiende, con la oposición política, que es minoría parlamentaria. Por un lado, si bien el grupo puede actuar con la oposición, la oposición requiere presentar una alternativa de gobierno que la minoría estructural, por definición, nunca podrá alcanzar[30]. Por otro lado, la función contramayoritaria de la representación del grupo no se ejerce actuando conjuntamente o contra el gobierno, sino representando y defendiendo los intereses específicos del grupo frente a la mayoría que, en su caso, son todos los diputados que no forman parte del mismo, ya sean oposición o gobierno.

4.1. Formas de promoción de la representación política para grupos

Vamos a tratar de clasificar las diferentes formas de promoción desde las más débiles: una rebaja en los requisitos para presentar una candidatura, hasta las más fuertes: la reducción de los votos necesarios para obtener un escaño. Nuestra hipótesis es que existe una correlación entre su fuerza y su capacidad contramayoritaria.

Las relaciones que mantienen entre si las diferentes formas de producción de representación son múltiples. Algunas son combinables entre sí y se complementan bien, aunque no se necesiten. Por ejemplo, la rebaja en los requisitos para presentar candidaturas casa bien con la reducción del umbral electoral[31]. Otras formas, sin embargo, se necesitan y no pueden regularse la una sin la otra, por ejemplo, no puede existir reserva de escaños sin la desaparición del umbral electoral. Un último

---

[28] E. Marzal Yetano, «Cooperación o frustración. Minorías nacionales concurrentes», *op. cit*., p. 133.

[29] Cuestión presente desde el primer informe sobre derecho electoral y minorías Comisión de Venecia, *Electoral law and national minorities, CDL-INF(2000)4*, *op. cit*., p. 2.

[30] Á. J. Sánchez Navarro, *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 43-44.

[31] A. Verstichel, *Participation, representation and identity: the right of persons belonging to minorities to effective participation in public affairs: content, justification and limits*, Antwerp, Intersentia, 2009, p. 401.

grupo son, por el contrario, neutrales entre sí. Para seguir con el ejemplo del umbral electoral, la reducción del umbral electoral no tiene ninguna relación con la presencia de los grupos en las listas electorales a través de cuotas.

Algunos países, como Montenegro, tienen sistemas muy completos y complejos que regulan aspectos referentes a las minorías a lo largo de todo el proceso electoral: requisitos para presentar candidatura, barrera electoral y reducción del número de votos necesario para obtener un escaño. La Comisión de Venecia ha valorado muy positivamente este sistema que encuentra equilibrado[32]. Esta situación permite que los grupos ejerzan una función contramayoritaria. Otros países, como Dinamarca, únicamente regulan algún aspecto de la contienda electoral. En este caso se trata de una reducción de los requisitos para presentarse a las elecciones, que ha resultado ser ineficiente para actuar como instrumento contramayoritario. En consecuencia, se ha desarrollado una alternativa para integrar la presencia de la minoría alemana en el proceso legislativo de los asuntos que le afectan mediante el nombramiento de un representante con voz, pero sin voto[33].

4.1.1. Reducción o exención de los requisitos para presentar candidaturas

Si analizamos las formas de promoción de la representación para grupos partiendo de las que tienen menos repercusión en el sistema electoral, la primera que encontramos es la reducción o exención de los requisitos para presentar candidaturas a una determinada elección[34]. Existen múltiples requisitos para presentarse a una elección que pueden afectar al sujeto legitimado para presentarse, los avales necesarios o las condiciones que debe cumplir la candidatura. Pueden existir exenciones o reducciones en cualquiera de estos ámbitos o, incluso, condiciones especiales.

Respecto al derecho a presentar candidaturas, este suele estar restringido a los partidos y a los electores bajo unas determinadas circunstancias. Sin embargo, algunos ordenamientos reservan la posibilidad de presentar listas o candidatos individuales también a las organizaciones

---

[32] Comisión de Venecia; OSCE-ODIHR, *Joint opinion on the draft law on amendments to the law on election of councillors and members of Parliament of Montenegro, CDL-AD(2011)011*, 2011, párr. 55.

[33] La minoría alemana elige a un delegado que es nombrado por el Gobierno y dirige la Secretaría de la Minoría Alemana que representa oficialmente a este grupo ante el Parlamento, atiende a sus sesiones y puede tomar la palabra en las comisiones. A. Schaefer-Rolffs y K.-U. Schnapp, «Special Politics for Minority Political Participation in the Danish-German Border Region», en *International Journal on Minority and Group Rights*, 1 (21), 2014, p. 61.

[34] A. Verstichel, *Participation, representation and identity*, *op. cit*., p. 401.

de las minorías, que no son partidos políticos. Es el caso, por ejemplo, de Croacia[35] o Hungría[36].

Otra técnica consiste en reducir los requisitos para que la candidatura presentada se considere válida. En Montenegro, por ejemplo, donde existe una única circunscripción nacional, las listas presentadas deben estar compuestas por, como mínimo, dos tercios de los candidatos totales posibles, sin embargo, aquellas listas presentadas por las minorías nacionales no tienen que alcanzar este número de candidatos y se consideran válidas con la presencia de un tercio de los candidatos totales posibles[37].

Es más común, sin embargo, la exención del requisito de presentar firmas para presentar una candidatura. Esta exención está presente en Dinamarca[38] y en Alemania[39]. En Montenegro, sin embargo, no existe una exención completa sino una reducción de las firmas necesarias para presentar la lista nacional. Los partidos ordinarios deben avalar sus candidaturas con el apoyo de un 0,8 por 100 del censo mientras que para las minorías existen dos regímenes distintos. Aquellas minorías que no representen más del 2 por 100 del censo únicamente deben presentar 300 firmas, mientras que el resto deben aportar, como mínimo, 1.000 firmas[40].

4.1.2. Cuotas en listas

Además de las cuotas para mujeres o las listas equilibradas entre ambos sexos, también existe el mismo mecanismo para otros grupos. Esta medida obliga a confeccionar las listas de candidatos teniendo en cuenta un porcentaje mínimo de miembros de un grupo que deben estar presentes en la lista e, incluso, puede determinar qué posición o posiciones deben ocupar.

Entre los países miembros de la Comisión de Venecia se han detectado cuotas en listas para cámaras bajas en Kirguistán, México y Túnez. En Kirguistán, a pesar de que la Constitución prohíbe crear partidos políticos basados en la defensa de los intereses de grupos ét-

---

[35] Únicamente pueden presentar candidatos a los escaños ordinarios los partidos políticos y los votantes (arts. 20 y 21 de la Ley Electoral Parlamentaria), estos últimos avalando la candidatura con 500 firmas. Pero a los escaños reservados también pueden presentar candidatos las organizaciones de las minorías nacionales (art. 18), siempre que acompañen la propuesta del aval de 100 firmas.

[36] Art. 9.2 de la Ley Electoral.

[37] Art. 39 de la Ley de Elección de Concejales y Diputados.

[38] El art. 12 *in fine* de la Ley Electoral del Parlamento (Folketing) exonera explícitamente al partido de la minoría alemana.

[39] Según los arts. 20.2 y 27.1 de la Ley Electoral Federal los partidos de las minorías nacionales están exentos de presentar firmas para avalar a sus candidatos tanto en los distritos uninominales como en las candidaturas de listas, respectivamente.

[40] Art. 43 de la Ley de Elección de Concejales y Diputados.

nicos y religiosos[41] y que se ha modificado la ley electoral numerosas ocasiones en los últimos años[42], existen, y se han mantenido desde la primera redacción de la ley, cuotas electorales en las listas para jóvenes (menores de 35 años), grupos étnicos y personas con discapacidad[43], además de para mujeres, aunque han variado los porcentajes conforme variaba el número de diputados. La Comisión de Venecia ha reprochado a Kirguistán que las medidas adoptadas por la República no tienen ningún efecto puesto que la posición que se les garantiza a los candidatos de los grupos en las listas es muy baja y, aunque ocupasen una posición mejor, al ser las listas abiertas, los candidatos dependen de que los votantes marquen su nombre, por lo que en realidad nunca son electos[44].

En México, con fecha de 2 de marzo de 2023, se aprobó una reforma de la ley electoral que añadía una cuota electoral para personas indígenas, afromexicanas, con discapacidad, de la diversidad sexual, residentes en el extranjero y jóvenes[45]. No obstante, el texto no era claro y generaba dudas sobre el número de candidatos que debían pertenecer a cada uno de estos grupos y cómo debían situarse dentro de las listas. La propia ley hacía una remisión a una futura norma que regularía estos y otros aspectos. No obstante, esta reforma fue impugnada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Acciones de inconstitucionalidad 71/2023 y sus acumuladas 75/2023, 89/2023, 90/2023, 91/2023, 92/2023 y 93/2023) que, mediante sentencia de 22 de junio de 2023, resolvió declarar la inconstitucionalidad de la norma por incumplimiento grave del procedimiento legislativo.

En Túnez existían cuotas en listas para personas jóvenes desde 2014, fruto de la primavera árabe, hasta la reciente modificación de la ley electoral, que ha pasado de un sistema de listas a un sistema de distritos uninominales[46]. Sin embargo, se ha tratado de mantener una regulación

---

[41] Art. 8.3 (3) de la Constitución de la República de Kirguistán.

[42] En 2015, 2017, 2019, 2020 en dos ocasiones, 2021 en dos ocasiones y en 2022.

[43] En la actualidad en los dos primeros casos, jóvenes y grupos étnicos, los partidos deben asegurarse de que, al menos, un 15 por 100 de los integrantes de sus listas sean menores de 35 años y otro 15 por 100 miembros de un grupo étnico diferente del de la mayoría. Para los discapacitados se reservan dos puestos en las listas electorales (representan el 3,5 por 100 aproximadamente). Dentro de las listas se establecen también algunos requisitos respecto a la posición que deben ocupar estos candidatos. Como mínimo, tres candidatos jóvenes y tres de los grupos étnicos deben encontrarse entre los 25 primeros de la lista y uno de los dos candidatos con discapacidad debe encontrarse también en la primera mitad de la lista. Las listas están formadas por 54 candidatos que se presentan a una circunscripción nacional, además existen 36 distritos uninominales. Art. 60.3 de Ley Constitucional sobre la Elección del Presidente y de los Diputados de la Jogorku Kenesh de la República de Kirguistán.

[44] Comisión de Venecia, *Joint opinion on the draft electoral law of the Kyrgyz Republic, CDL-AD(2014)019*, 2014, párr. 26.

[45] Se ha añadido un inciso 4.º al art. 11 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

[46] Operada por el Decreto-Ley núm. 2022-55, de 15 de septiembre, por el que se modifica la Ley Orgánica núm. 2014-16, de 26 de mayo, relativa a elecciones y referéndums, emitido por el

que siga promoviendo su participación política. Los candidatos a los distritos uninominales deben presentar el aval de 400 firmas de las cuales un 25 por 100 —cien— deben ser de jóvenes (menores de 35 años)[47].

4.1.3. Exención o disminución de la barrera electoral

Otra medida, más frecuente, es la rebaja o la desaparición de la barrera de entrada al reparto de escaños, conocida como barrera electoral. En los sistemas proporcionales es frecuente que las leyes electorales requieran un porcentaje mínimo de votos en la circunscripción, territorial o nacional, para acceder al reparto de escaños. Es una forma de promoción de los grupos eximir a sus candidaturas de este requisito o aplicárselo en condiciones más favorables. Marko ha defendido que, en realidad, en este caso no estaríamos ante una excepción, sino en la situación típica, puesto que la aplicación de barreras electorales, por motivos de gobernabilidad generalmente, es una excepción al principio de igualdad del voto. Por lo tanto, excluir de su aplicación a un grupo no es un privilegio, sino la aplicación de la regla ordinaria[48].

Existen reducciones de los umbrales electorales en Italia y Montenegro. En Italia existe una rebaja del umbral para las minorías lingüísticas. Los partidos políticos de las mencionadas minorías pueden acceder al reparto de escaños si obtienen un 20 por 100 de los votos en la región en la que se presentan o se hagan al menos con una cuarta parte de los distritos uninominales de la Región[49]. En Montenegro existe una rebaja del umbral general del 3 por 100 al 0,7 por 100 para los partidos de las minorías nacionales[50]. En Alemania[51], Polonia[52] y Serbia[53] los candidatos de las minorías nacionales están exentos de superar cualquier umbral electoral y, en consecuencia, acceden directamente al reparto de escaños. En Hungría también existe una exención de la barrera electoral vinculada a una reducción del número de votos necesario para obtener un escaño[54].

Presidente del país, en un claro giro autoritario, al no tener en cuenta el Parlamento para modificar la ley electoral.

[47] Art. 21 del Decreto-Ley núm. 2022-55, de 15 de septiembre, por el que se modifica la Ley Orgánica núm. 2014-16, de 26 de mayo, relativa a elecciones y referéndums.

[48] J. Marko, «*General Presentation on the Representation and Participation of National Minorities in Decision-Making Processes*», paper presented on seminar Participation of National Minorities in Decision-Making Processes, held in Brno, Slovenia, on 1-2 December 1997, *www.coe.int/T/E/Human_Rights/Minorities/l._GENERAL_PRESENTATION/PDF_JP%20Brdo%20publication%201997.pdf*, p. 18 citado en A. Verstichel, *Participation, representation and identity*, *op. cit*., p. 410.

[49] Art. 83.1 *e)* 2) del Decreto del Presidente de la República de 30 de marzo de 1957, núm. 361.

[50] Art. 94.1 de Ley de Elección de Concejales y Diputados.

[51] Art. 6.3 de la Ley Electoral Federal.

[52] Art. 196.1 del Código Electoral.

[53] Art. 140 de la Ley sobre la Eelección de los Diputados al Parlamento.

[54] *Vid. infra*, Apartado «*4.1.8. Reducción del número de votos para obtener un escaño*».

4.1.4. Voto doble

El voto doble es, sin duda, la forma de promoción de la representación más controvertida, dado que vulnera claramente el principio básico de un hombre un voto. Hasta el punto de que la Comisión de Venecia ha dedicado un informe íntegramente a esta cuestión, a pesar de que es un derecho que solo existe en Eslovenia[55]. El «voto doble» otorga un voto suplementario a los miembros del grupo que, de este modo, tienen un voto más que el resto de los ciudadanos. El segundo voto se emite para una circunscripción distinta a la ordinaria, en la que únicamente votan aquellos que disponen de este voto suplementario. El voto doble es asimilable a lo que antaño fue el voto múltiple[56].

En Eslovenia, los miembros de las minorías nacionales italiana y húngara disponen de dos votos, uno para el escaño reservado que tienen cada una de las dos minorías y otro a emitir por una de las candidaturas ordinarias junto al resto de los ciudadanos. La Corte Constitucional de Eslovenia tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en su sentencia del 2 de diciembre de 1998 avalando la medida. Para ello tuvo en cuenta que el voto doble estaba basado en acuerdos bilaterales con Italia y Hungría. Adicionalmente, consideró que la medida es acorde al derecho constitucional comparado, aunque esta afirmación es algo más que optimista. En posteriores sentencias, de 12 de febrero de 1998 y de 28 de enero de 1999, ha añadido que se trata de una previsión realizada en la Constitución, lo que la dota de especial fuerza[57].

Eslovenia es un caso único; sin embargo, no debe menospreciarse su influencia. En la vecina Croacia se produjo un debate para introducir la medida, que fue rechazada[58]. Así mismo, se impugnó la ley electoral por parte de las minorías nacionales para que se les reconociese un derecho al voto doble. La Corte Constitucional Croata rechazó esta pretensión en su sentencia de 17 de septiembre de 2003, núm. U-1-1681/2003.

---

[55] *Comisión de Venecia, Report on Dual Voting for Persons belonging to National Minorities, CDL-AD(2008)013, op. cit*., párr. 10.

[56] En la regulación electoral del Reino Unido de 1884 podían emitir un voto todos aquellos que poseyesen un derecho real sobre un bien inmueble, perteneciesen a la comunidad universitaria o poseyesen un negocio, pudiendo emitir hasta tres votos si se cumplían los tres requisitos. Tras la reforma de 1918 se limitó el voto múltiple a dos y siempre que se votase en distritos distintos. El voto múltiple sería abolido definitivamente en el Reino Unido tras la Segunda Guerra Mundial en 1948, eliminando, por tanto, los colegios electorales basados en la titularidad de un negocio y la pertenencia a la comunidad universitaria. M. G. de Marcos, «La reforma del Sistema Electoral Británico: a propósito del referéndum del 5 de Mayo de 2011», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, pp. 522-523.

[57] A. Verstichel, *Participation, representation and identity*, *op. cit*., p. 425.

[58] *Ibid.*

4.1.5. Transferencia de voto

El derecho a transferir el voto permite a diferentes candidaturas, en listas o uninominales, sumar los respectivos votos para que sean contados como una sola candidatura a efectos del cómputo electoral a la hora de atribuir escaños o superar la barrera electoral. Este derecho da mayor libertad a los grupos para presentarse en diferentes candidaturas y es más respetuosa con el pluralismo interno del grupo, según la sensibilidad política de cada miembro del grupo, y luego, si no se obtiene representación por separado, garantizar que el voto sigue siendo útil y se puede agrupar con otros votos para que la candidatura más votada, de entre las del grupo, sí que obtenga representación.

Únicamente se ha detectado un país donde esté presente esta forma de promoción de la representación política para grupos[59]. En Montenegro las candidaturas de los grupos de una misma minoría nacional que no logran sobrepasar el umbral general del 3 por 100, pero superan un 0,7 por 100 del voto cada una, se contabilizan de forma unificada para el reparto de escaños, pudiendo obtener conjuntamente hasta un máximo de tres escaños[60].

4.1.6. Gerrymandering

Después del voto doble, el *gerrymandering* con intención de beneficiar a un grupo es la forma de promoción de la representación más controvertida. Aunque el gerrymandering tiene originalmente una connotación negativa, de manipulación del mapa electoral para fines partidistas, aquí no nos referimos a este tipo de *gerrymandering*. Por «*gerrymandering* para grupos» entendemos la aplicación de reglas que expresamente estén destinadas a delimitar distritos electorales con una mayoría de población perteneciente a un grupo.

Antes de proseguir es preciso aclarar que las normas que garantizan que determinadas zonas geográficas con identidad política o cultural constituirán una circunscripción o distrito o que elegirán un número mínimo de representantes no constituyen una forma de promoción de la representación política para un grupo porque son regulaciones neutrales que no van dirigidas al grupo. Se ha manifestado la posibilidad de que existan formas de promoción de esta clase en los casos de las Islas Feroe, Groenlandia, el Valle d'Aosta o las Islas Åland, porque en

---

[59] Además de Montenegro existe un sistema de transferencia de voto en Italia para las elecciones al Parlamento Europeo. Comisión de Venecia, *Report on electoral rules and affirmative action for national minorities' participation in decision-making process in european countries, CDL-AD(2005)009*, *op. cit*., párr. 12.

[60] Art. 94.1 de la Ley de Elección de Concejales y Diputados.

todos estos casos las respectivas leyes electorales prevén, mediante una mención particular, una regla de representación especial para los habitantes de estas regiones[61]. Sin embargo, en estos casos, al identificar la zona geográfica y no el grupo puede deducirse una intención, pero de ello no se desprende una vinculación directa con el grupo.

Han existido reglas de *gerrymandering* para grupos en Italia[62] y existen regulaciones en Ucrania[63] y México[64]. El caso más notable de *gerrymandering* es, sin duda, el *gerrymandering* racial en los EE. UU. Desde la aprobación de la *Voting Rights Act*, en 1965, esta ha sido una cuestión discutida en la doctrina y la jurisprudencia norteamericana. El Tribunal Supremo, en su sentencia *Cooper v. Harris*, de 22 de mayo de 2017, ha sintetizado su doctrina al respecto, en la que rechaza que exista un derecho a que se delimiten distritos con mayorías raciales, a la vez que reconoce que está prohibido diluir el voto de un grupo racial en determinadas circunstancias[65]. Se trataría, por tanto, de una suerte de prohibición de *gerrymandering* negativo.

4.1.7. Escaños supernumerarios

Además de la fórmula del *gerrymandering* existe otra posibilidad de promover la representación a través de la configuración de las circunscripciones consistente en la creación de escaños supernumerarios. El nombre procede del que han recibido estos escaños en Chile. Para la

---

[61] Comisión de Venecia, *Report on constituency delineation and seat allocation, CDL-AD(2017)034*, 2017, párr. 36.

[62] «La legislación electoral de Italia tiene en cuenta a las minorías, aunque las disposiciones son muy débiles, pues su normativa electoral se limita a ordenar una adecuada delimitación de los colegios electorales que procure la agrupación de las minorías lingüísticas en el menor número posible de colegios a efectos de conseguir representación (art. 7.1.*d* y 7.1.*a* de las leyes 276 y 277 de 4 de agosto de 1993 sobre la elección del Senado de la República y para la elección de la Cámara de Diputados, respectivamente)». X. D. Madinabeitia, «La participación de las minorías nacionales en la vida política de los estados europeos: una variedad de modelos jurídicos», en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 42, 1998, p. 111.

[63] Art. 18.2 3) del Código Electoral. Aunque la Comisión de Venecia ha denunciado que la medida es poco clara y necesita ser desarrollada para poder ser efectiva. Comisión de Venecia; OSCE-ODIHR, *Joint Opinion on the Draft Amendments to the Laws on election of people's deputies and on the Central Election Commission and on the Draft Law on repeat elections of Ukraine, CDL-AD(2013)016*, 17 June 2013, párr. 19.

[64] A. Báez Carlos, «Impacto de los distritos electorales indígenas en los comicios de 2006 y 2009», en *Estudios Políticos*, 19, 2010, pp. 39-40.

[65] Estas circunstancias consisten en que «1) el grupo minoritario ha de ser lo suficientemente numeroso y geográficamente compacto como para constituir una mayoría en un distrito configurado razonablemente; 2) el grupo minoritario ha de estar políticamente cohesionado; y 3) la mayoría blanca del distrito ha de votar suficientemente como un bloque para que su candidato derrote habitualmente al de la minoría». S. Martí Sánchez, «*Gerrymandering* político. Reválida ante el Tribunal Supremo», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 15, 2018, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, p. 15.

reciente elección del nuevo Consejo Constitucional, celebrada el pasado 7 de mayo de 2023, el art. 144 de la Constitución Política de la República de Chile estableció un mecanismo de elección especial para un cupo indígena. El Consejo Constitucional estaba compuesto por 50 consejeros electos en circunscripciones plurinominales, más una circunscripción indígena extra a la que se asignaba un escaño supernumerario por cada 2 por 100 de votos respecto del total que recibiesen los candidatos a esta circunscripción, a excepción del primero que se otorgaba al alcanzar el 1,5 por 100 de los votos totales. Finalmente se creó un único escaño supernumerario, ocupado por el candidato indígena más votado[66].

Los escaños supernumerarios se diferencian del resto en que no forman parte de los escaños ordinarios y no se encuentran garantizados. Son escaños que únicamente se crean cuando los grupos previstos logran el número mínimo de votos requerido. Pueden exigir el mismo número de votos que para lograr un escaño ordinario, menos o más. Lo que determina que sean escaños supernumerarios es que se crean al margen de los ordinarios y pueden variar en cada legislatura.

Existe una circunscripción de escaños supernumerarios en Macedonia del Norte para ciudadanos expatriados. El parlamento de Macedonia tiene un número fijo de 120 diputados[67], ampliable hasta 123 en caso de que se alcance un número determinado de sufragios. Se crea un escaño extra cada vez que entre todos los candidatos a este escaño suman el número de votos necesario para ello, que se concreta en el número de votos mínimo que se necesitó para obtener un escaño en las pasadas elecciones, hasta un máximo de tres escaños[68].

En Rumanía también existen escaños supernumerarios. A las candidaturas de las minorías nacionales que superen el 5 por 100 de los votos necesarios para obtener un escaño ordinario se les otorga un escaño extra, con el límite de un escaño por minoría nacional[69]. Desde los años 2000 el número de minorías nacionales con representación a través de este mecanismo se ha estabilizado en 18[70].

4.1.8. Reducción del número de votos para obtener un escaño

La última forma de promoción de la representación para los grupos es la reducción del número de votos necesario para obtener un escaño.

---

[66] Servicio Electoral de Chile, 2023: *Boletín final sobre resultados parciales de la Elección del Consejo Constitucional,* en *servel.cl/2023/05/08/boletin-final-sobre-resultados-parciales-de-la-eleccion-del-consejo-constitucional/* (última consulta realizada el 30 de agosto de 2023).

[67] Art. 3.2 del Código Electoral.

[68] Art. 3.3-5 del Código Electoral.

[69] Art. 56 de la Ley Electoral para la Cámara de Diputados y Senadores.

[70] O. Protsyk, *La representación de las minorías en el parlamento rumano*, Ginebra-Nueva York, Unión Interparlamentaria-Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010, p. 9.

En estos casos, los candidatos de los grupos pueden obtener representación con menos votos que el resto de los candidatos.

El caso más destacado es el de Rumanía, que acabamos de exponer en el apartado previo, donde para la obtención de los escaños supernumerarios se reduce la cantidad de votos necesarios en un 95 por 100. Según Protsky «esta disposición se tradujo en el requisito de haber tenido, por ejemplo, solo 1.336 votos en las elecciones de 1992 o 1.273 votos en las elecciones de 2000»[71].

En Hungría las 13 minorías reconocidas oficialmente[72] pueden presentar candidaturas a la circunscripción nacional a través de sus respectivas entidades de autogobierno[73] y, además de estar eximidas de superar el umbral electoral del 5 por 100 del total de los votos válidamente emitidos, tienen derecho a un escaño si superan el 0,25 por 100 de los votos necesarios para obtenerlo. Las minorías que no logran los votos necesarios para obtener representación tienen derecho a que el primer candidato de su lista se convierta en delegado de la minoría en la cámara baja con voz, pero sin voto[74]. Para el resto de los escaños deben lograr el porcentaje ordinario[75].

No obstante, el TEDH ha reconocido en su reciente sentencia de 10 de noviembre de 2022, *Bakirdzi and E.C. v. Hungría*, que esta aparente beneficiosa regulación viola el art. 3 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Existe una vulneración de la libertad de voto porque únicamente se puede votar por una lista de candidatos, la propuesta por la entidad de autogobierno de la minoría. A esto, se añade que la inscripción en el censo de la minoría debe hacerse antes de poder conocer la lista de candidatos presentada por la entidad de autogobierno y que, una vez publicada esta, no puede volverse al censo ordinario. Esto comporta también la vulneración del secreto del voto puesto que, existiendo una única opción de voto que se realiza en una urna separada, todos los que voten en ella no pueden ocultar el sentido de su voto.

Montenegro tiene también una rebaja en los votos necesarios para lograr un escaño, pero solo para una minoría nacional, la croata. Es el único punto de su legislación que se dirige a un solo grupo. La minoría

---

[71] *Ibid.*

[72] Las minorías reconocidas oficialmente son las búlgara, griega, croata, polaca, armenia, romaní, rumana, rutena, serbia, eslovaca, eslovena, ucraniana y alemana. Esta última es la única que ha logrado representación mediante este mecanismo obteniendo un único diputado gracias a la reducción de los votos necesarios en las elecciones de 2018 y 2022.

[73] Art. 9.2 de la Ley Electoral.

[74] Comisión de Venecia; OSCE-ODIHR, *The act on the elections of member of parliament of Hungary*, *CDL-AD(2012)012*, 2012, párr. 47.

[75] Art. 16 *d)* de la Ley Electoral.

croata puede obtener un escaño si alcanza un 0,35 por 100 de los votos válidos totales[76].

En Serbia ocurre un caso curioso y único. Los partidos de las minorías nacionales que no superan el umbral electoral del 3 por 100, del cual están eximidas, reciben un aumento del 35 por 100 de sus votos[77], obteniendo así mayores probabilidades de obtener un escaño. Aunque no se trata en este caso de una reducción en los votos necesarios para obtener un escaño, la medida cumple el mismo efecto al aumentar los votos de la minoría.

5. CONCLUSIONES

La primera conclusión que podemos obtener del trabajo es una mera constatación fáctica: que las diferentes formas de promoción de la representación política para grupos no son una *rara avis,* presente únicamente en algunos países aislados. Se encuentran reguladas en diferentes Estados miembros de la Comisión de Venecia, desde países tan destacados como EE. UU. o Alemania, hasta Estados más recientes, como Montenegro. Se trata, por tanto, de un fenómeno que, con numerosas variantes y adoptando múltiples formas, se encuentra difundido en numerosas regulaciones electorales, aunque el mismo ocupe siempre un puesto discreto y de excepción a la regla general de representación del pueblo, como un todo.

Las diferentes formas de promoción de la representación política para un grupo pueden ejercer una función contramayoritaria en la medida en que contribuyan a la obtención de representación directamente vinculada al grupo. Como hemos visto, su capacidad contramayoritaria reside, fundamentalmente, en el ejercicio de la representación del grupo y de sus intereses. A través de la participación en el debate legislativo, otorgando publicidad a sus intereses y argumentos para defenderlos, pueden lograr introducirlos en la agenda política. Por medio de la representación política los grupos pueden participar tanto de la mayoría que soporta al gobierno como del control al mismo. A su vez, en la medida en que el representante quede vinculado exclusivamente al grupo se plantean serios problemas respecto a la teoría de la democracia representativa y al libre mandato de los parlamentarios, que vincula al representante con la totalidad del cuerpo electoral. Cuanto más fuerte es la separación del grupo respecto al resto de la ciudadanía en el momento de la elección más se acentúa el carácter de institución contramayoritaria, puesto que existe una mayor vinculación con el grupo y mayor independencia respecto del resto del electorado, lo que permite ejercer una representación centrada en el grupo y sus intereses.

---

[76] Art. 94.2 Ley de Elección de Concejales y Diputados.

[77] Art. 140 de la Ley sobre la Elección de los Diputados al Parlamento.

Entre las diferentes formas de promoción de la representación podemos distinguir algunas que apenas rompen la unidad del cuerpo electoral. Las excepciones a los criterios de presentación de candidaturas y en las barreras de entrada son un ejemplo de esta situación. Los candidatos electos lo son por el conjunto de los ciudadanos, sin distinción del grupo al que pertenecen, aunque los aspirantes y sus partidos sí que se identifiquen como miembros de un grupo concreto. Estas formas, no obstante, dependen en gran medida de la realidad sociopolítica de los diferentes Estados y del sistema electoral donde se insertan para generar representación que pueda ejercer una función contramayoritaria. Se trata de formas más débiles que ofrecen menos garantías de lograr una representación que ejerza esta función.

Otras formas, más indirectas, como el *gerrymandering* o la inclusión en listas de miembros de diferentes grupos también tienen la ventaja de no afectar a la unidad del cuerpo electoral. Su carácter indirecto se percibe en que son medidas que tratan de canalizar la representación del grupo a través de los partidos generales, obligando o impulsando a estos a nombrar candidatos del grupo. Por este motivo su eficacia contramayoritaria puede ser menor, pues su conexión directa con el grupo se ve interrumpida por la mediación del partido político general. También en este caso estamos ante formas débiles de promoción de la representación que ofrecen pocas garantías de una representación de carácter grupal.

Las formas de promoción de la representación que afectan directamente al voto, como el voto doble, la reducción del número de votos o la transferencia del voto, si bien pueden ser útiles para generar representación del grupo comportan un grave riesgo al derecho de voto. Como pone de manifiesto la sentencia del TEDH *Bakirdzi and E.C. v. Hungría*, no se pueden tolerar desviaciones graves del secreto y la libertad del voto. Del mismo modo, cabe afirmar que tampoco deberían ser admisibles desviaciones desproporcionadas de la igualdad del voto, como pueden ser el doble voto o la reducción de los votos necesarios para obtener un escaño en un 95 por 100. Se trata de formas fuertes de promoción que garantizan en mayor medida la consecución de representación vinculada al grupo.

A medio camino, entre las formas más suaves y las más fuertes, que no respetan elementos básicos del derecho de sufragio, encontramos la creación de escaños supernumerarios. La creación de estos escaños rompe claramente la vinculación del representante del grupo con el resto de la ciudadanía. En cambio, sí que respeta la igualdad del voto y el resto de los elementos del sufragio y puede ser una alternativa eficaz para promover la representación del grupo, puesto que respetaría las reglas formales del juego democrático.

En última instancia, debemos resaltar un aspecto de la legislación húngara que no se ve afectado por lo mencionado en la sentencia del

TEDH. Se trata de la posibilidad de que los candidatos no electos de un grupo se conviertan en delegados con voz, pero sin voto, en la cámara baja. En este caso, sin afectar el voto ni la lógica representativa, se logra igualmente una representación del grupo en el órgano legislativo. Es una solución muy parecida a la adoptada por Dinamarca frente a la imposibilidad de la minoría alemana de obtener representación ordinaria. Por este mecanismo se logra la participación política directa de un delegado del grupo que puede participar en los debates, presentar y defender los intereses del grupo e influir en la decisión de la mayoría.

En definitiva, podemos concluir que el elemento contramayoritario de las formas de promoción de la representación política para grupos no requiere, necesariamente, alterar desmesuradamente la representación política general, aunque, generalmente, a mayor fuerza de estas reglas existe una mayor ruptura de la teoría clásica de la representación y mayores vulneraciones del derecho al voto. En última instancia, no debe menospreciarse la posibilidad de introducir reglas de participación de los grupos, incluso la presencia de delegados en las cámaras, que pueden realizar funciones contramayoritarias similares a las de los representantes.

6. BIBLIOGRAFÍA

Báez Carlos, A., «Impacto de los distritos electorales indígenas en los comicios de 2006 y 2009», *Estudios Políticos*, 19, 2010, pp. 37-57.

Bird, K., «Ethnic quotas and ethnic representation worldwide», *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, 35 (1), 2014, pp. 12-26.

Caamaño Domínguez, F. M., «Representación o participación de las minorías: sobre la determinación de algunos espacios constitucionales útiles a las políticas del reconocimiento», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 3, 2004, pp. 356-378.

Castellà Andreu, J. M., «La aportación de la Comisión de Venecia a la preservación del Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 38, 2023, pp 21-38.

Chinchón Álvarez, J., «Las minorías en Derecho Internacional», *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 16, 2019, pp. 243-257.

Flores Juberías, C., «Minorías étnicas y sistemas electorales en la Europa del Este», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* 26/27, 1999, pp. 65-96.

— «Sistemas electorales y minorías étnicas en la Europa Central y del Este: de la transición a la consolidación de la democracia», *Revista de estudios políticos*, 166, 2014, pp. 41-67.

Ginsburg, T. y Huq, A. Z., *How to save a constitutional democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018.

González Hidalgo, E. y Ruiz Vieytez, E. J., «La definición implícita del concepto de minoría nacional en el Derecho Internacional», *Derechos y Libertades*, 27, 2012, pp. 17-56.

Htun, M., «Is Gender like Ethnicity? The Political Representation of Identity Groups», *Perspectives on Politics*, 2 (3), 2004, pp. 439-458.
Madinabeitia, X. D., «La participación de las minorías nacionales en la vida política de los estados europeos: una variedad de modelos jurídicos», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 42, 1998, pp. 99-123.
Marcos, M. G. de, «La reforma del Sistema Electoral Británico: a propósito del referéndum del 5 de Mayo de 2011», *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, pp. 521-540.
Martí Sánchez, S., «*Gerrymandering* político. Reválida ante el Tribunal Supremo», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 15, 2018, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, pp. 7-21.
Martinico, G., *Filtering Populist Claims to Fight Populism: The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
Marzal Yetano, E., «Cooperación o frustración. Minorías nacionales concurrentes: el caso español», *Revista de Estudios Políticos*, 192, 2021, pp. 155-190.
Olivas Osuna, J. J., «Populismo en España: Fundamentos Teóricos y Relatos Dominantes», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 47, 2021, pp. 371-401.
Peña, C., *La política de la identidad: ¿El infierno son los otros?*, Barcelona, Penguin Random House, 2022.
Pizzorusso, A., *Minoranze e maggioranze*, Torino, Einaudi, 1993.
Protsyk, O., *La representación de las minorías en el parlamento rumano*, Ginebra-Nueva York, Unión Interparlamentaria-Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010.
Rivero, À., «Populismo: ¿Cómo destruir la democracia en nombre de la democracia?», en À. Rivero, J. Zarzalejos y J. del Palacio (eds.), *Geografía del populismo: un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump*, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 31-40.
Ruiz Miguel, A., «Igualdad, libertad, y unidad política: a propósito de las cuotas electorales en México», en L. E. Ríos Vega (ed.), *Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 423-429.
Sánchez Navarro, Á. J., *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
Sayago Armas, D., «La protección de las minorías: un desafío en clave de constitucionalismo multinivel», *Revista de Derecho Político*, 106, 2019, p. 199-250.
Schaefer-Rolffs, A. y Schnapp, K.-U., «Special Politics for Minority Political Participation in the Danish-German Border Region», *International Journal on Minority and Group Rights*, 1 (21), 2014, pp. 48-71.
Souto Paz, J. A., *Comunidad política y libertad de creencias: introducción a las libertades públicas en el derecho comparado*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003.
Suárez Pertierra, G.; Galván, E. S. y Labiano, M. J. C., *Derecho y minorías*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2014.
Torre, C. de la, «El populismo y la promesa de una democracia más inclusiva», À. Rivero, J. Zarzalejos y J. del Palacio (eds.), *Geografía del*

populismo: un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump, Madrid, Tecnos, 2017, pp. 54-70.

Verstichel, A., *Participation, representation and identity: the right of persons belonging to minorities to effective participation in public affairs: content, justification and limits*, Antwerp, Intersentia, 2009.

Comisión de Venecia

Comisión de Venecia, *Compilation of the Venice Commission opinions and reports on the protection of national minorities, CDL-PI(2022)049*, 2022.

— OSCE - ODIHR, *Joint opinion on the draft constitution of the Kyrgyz Republic, CDL-AD (2021) 007, 2021*.

— *Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning electoral systems and national minorities, CDL-PI(2019)004*, 2019.

— *Report on constituency delineation and seat allocation, CDL-AD(2017)034*, 2017.

— *Criterios de verificación del Estado de Derecho, CDL-AD(2016)007*, 2016.

— *Joint opinion on the draft electoral law of the Kyrgyz Republic, CDL-AD(2014)019*, 2014.

— OSCE - ODIHR, *Joint Opinion on the Draft Amendments to the Laws on election of people's deputies and on the Central Election Commission and on the Draft Law on repeat elections of Ukraine, CDL-AD(2013)016*, 2013.

— OSCE - ODIHR, *Joint opinion on the draft law on amendments to the law on election of councillors and members of Parliament of Montenegro, CDL-AD(2011)011*, 2011.

— OSCE - ODIHR, *The act on the elections of member of parliament of Hungary, CDL-AD(2012)012,* 2012.

— *Report on Dual Voting for Persons belonging to National Minorities, CDL AD(2008)013*, 2008.

— *The protection of national minorities and elections, CDL-EL(2008)002rev*, 2008.

— *Report on electoral rules and affirmative action for national minorities' participation in decision-making process in european countries, CDL-AD (2005)009*, 2005.

— *Electoral law and national minorities, CDL-INF(2000)4*, 2001.

CAPÍTULO VIII

LOS ÓRGANOS CONSTITUYENTES COMO CONTRAPODER DEL LEGISLATIVO: UN ANÁLISIS COMPARADO CON ESPECIAL ÉNFASIS EN EL RECIENTE PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

Francisco Soto Barrientos
Profesor Titular de Derecho Público
Universidad de Chile

En el último tiempo una serie de experiencias de reemplazo constitucionales se han presentado como alternativas para enfrentar el creciente distanciamiento ciudadano de las instituciones representativas. Las Convenciones o Asambleas Constituyentes permitirían renovar las prácticas políticas a partir de un hito fundante: la elaboración de una nueva constitución. De esta manera, los procesos constituyentes han buscado canalizar el descontento popular en la democracia, adicionando fórmulas participativas y de representación, en ocasiones alternativas a las utilizadas por los parlamentos. Así se ha logrado alcanzar un mayor protagonismo e integración de sectores muchas veces postergados por la política tradicional.

Históricamente los procesos de reemplazo constitucional han estado asociado a procesos de independencia o de transición autoritaria. Y es, en las últimas décadas, en que se ha hecho cada vez más frecuente los reem-

plazos en democracia, por lo que cobra sentido que se desarrollen conflictos de competencias entre los poderes constituidos y constituyentes[1].

El desarrollo de fórmulas novedosas de deliberación ha contribuido a estructurar a las Convenciones o Asambleas Constituyentes como una suerte de poder alternativo de la deliberación legislativa tradicional. Veremos que esta diferenciación se hace más evidente mientras más deslegitimados y distanciados de la ciudadanía se encuentren los gobiernos, parlamentos y partidos políticos.

¿Pueden la Convenciones llegar a convertirse en un contrapoder de los poderes constituidos? ¿Cuáles son las condiciones que gatillan una eventual pugna entre órganos constituidos y constituyentes?

Con todo, partiremos identificando el origen de este debate en la revolución francesa, particularmente con la Constitución Girondina de 1793 y su impacto a través de la recepción de la iniciativa popular de reemplazo constitucional en varios cantones suizos y finalmente en la Constitución Suiza de 1848.

Pasaremos luego a analizar experiencias paradigmáticas, que den cuenta de esta eventual tensión entre órganos constituidos y constituyentes.

Para empezar, nos detendremos en los procesos de reemplazo constitucional en Latinoamérica, con énfasis en el fallido proceso que se desarrolló en Chile entre los años 2021-2023, que sintetizamos hacia el final de este trabajo. Aunque el proceso constituyente chileno supuso dos etapas Convención (2021-2022) y del Consejo Constitucional (2023), solo nos detendremos en analizar el primero de los procesos por ser atinente al fenómeno de una asamblea que se articuló como contrapoder ante el legislativo.

También revisaremos brevemente algunas experiencias europeas relevante, donde destaca el caso Islandia e Irlanda. El eje de las disputas de estas experiencias parece enfocarse en el protagonismo de los partidos con representación parlamentaria, y en el uso de mecanismos deliberativos que buscan una mayor participación de ciudadanos independientes.

En definitiva, pensamos que en la medida que los procesos constituyentes se desarrollan en contextos democráticos, se hará cada vez más evidente la necesaria convivencia entre órganos constituyentes y

---

[1] G. Negretto y F. Soto Barrientos, «¿Cómo se debe regular un proceso constituyente democrático? Reflexiones a partir de la experiencia chilena», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 163, 2022, en *https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2022.163.17494* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023); A. Corvalán y F. Soto, *Tendencias Constitucionales: Experiencias comparadas y lecciones para Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2021.

legislativos[2]. El reconocimiento en los textos constitucionales de mecanismos de reforma y remplazo ha sido una particularidad de constitucionalismo latinoamericano[3], obligando a una teoría alternativa[4] a la clásica mirada elaborada en el contexto de la revolución francesa[5]. Este último consideraba el reemplazo un fenómeno fáctico, que no debe ser regulado en los textos constitucionales y justamente, esto es lo que se confronta desde la doctrina y la práctica reciente.

1. LOS ANTECEDENTES EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO Y LA EXPERIENCIA SUIZA

Tanto la revolución americana como francesa, se plantearon como objetivo elaborar constituciones escritas, las que fueron acompañada de procesos constituyentes e intensos debates constitucionales.

En el caso americano, dichos debates se desarrollaron de manera escalonada, generándose en primer lugar en el contexto de las constituciones de estados como Connecticut, Rhode Island y Pennsylvania, entre otros, hasta llegar a la constitución de 1787 aprobada por la Convención Constituyente de Filadelfia. En ese sentido, la conformación de la Convención antecedió y permitió articular una primera experiencia deliberativa nacional, que afianzó la conformación de las instituciones representativas diseñadas por la nueva constitución[6]. Desde ese momento, la figura de la Convención de Filadelfia, se convirtió en una institución que atraería la atención de la doctrina europea, como fórmula que competiría con la Congresos Constituyentes, como alternativa para diseñar un nuevo orden político[7].

---

[2] G. Negretto (ed.), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2020; G. Pisarello, «Democracia y proceso constituyente: el regreso de un vínculo», en R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 31-66.

[3] F. Soto Barrientos, *El desafío de la participación*, Santiago, LOM Ediciones, 2013.

[4] A. Arato, «Forms of Constitution Making and Theories of Democracy», New York, *Cardozo Law Review* 17, 1995, pp. 191-231; A. Arato, *Post Sovereign Constitutional Making: Learning and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2016; J. Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

[5] E. Sieyès, «¿Qué es el estado llano?», en D. Pantoja, (comp.), *Escritos Políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

[6] N. Mateucci, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.

[7] S. Tarrow, *El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Editorial Alianza, 1997; M. Fioravanti, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Editorial Trotta, 2001; G. Pisarello, «Democracia y proceso constituyente: el regreso de un vínculo», en R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 31-66.

Particularmente, en la doctrina francesa la discusión se ha extendido hasta la fecha, entre partidarios de que los cambios los conduzcan los propios congresos legislativos, o bien, una asamblea distinta que tenga las características constituyentes. Carré de Malberg distingue entre asambleas omnipotentes, que tienden a concentrar en sí las funciones de los órganos constituidos (en particular las legislativas), y aquellas que solo ejercen el poder de fundar autoridades constituidas quedando excluidas de potestades legislativas. Son estas últimas, según este autor, las que operarían como una suerte de control político, distribuyendo el poder de cambio de mejor manera[8].

Condorcet, en el marco de su participación de contribución al proyecto de constitución girondina de 1793, propone la iniciativa popular para activar el reemplazo constitucional a través de la convocatoria a una asamblea constituyente. Estableciendo por primera vez la idea de que los reemplazos constitucionales podían convivir en el texto constitucional con los procesos de reforma, mediante eso sí, un procedimiento distinto que no estaría entregado a las mayorías parlamentarias para su activación, sino que supone la participación a través de iniciativa popular. El fundamento de la propuesta de Condorcet se basaba en el supuesto abuso que harían los partidos políticos de los reemplazos constitucionales. Considerando que a menudo las iniciativas de cambios constitucionales, tenía por fundamento únicamente conflictos entre facciones políticas, en el contexto de la actividad parlamentaria. Con el objeto de evitar estos abusos, Condorcet propone el procedimiento de iniciativa popular, que al menos aseguraba la amplia participación en la activación del reemplazo constitucional. La iniciativa popular de reforma constitucional sería así, una especie de control político del proceso constituyente derivado. Supone que la ciudadanía, en el contexto de un diagnóstico crítico a labor de los representantes, activaría un procedimiento reemplazo a través de la recogida de firmas[9].

Aunque la idea de iniciativa popular para la reforma constitucional no fue recogida en el constitucionalismo francés (salvo en la experiencia Girondina que no llegó a entra en vigencia), sí la se proyectó en Suiza. Particularmente, en las constituciones de los cantones de St. Gallen, Ginebra y Vaud y, finalmente, en la propia Constitución de 1848, que establece dos mecanismos de democracia directa que se mantienen hasta la fecha: el referéndum obligatorio frente a iniciativas de reformas que

---

[8] R. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM; 1998, pp. 1217-1220.

[9] A. Mercier, «Le Référendum d'initiative populaire: un traitmé connu du génie de Condorcet», Presses Universitaires de France, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 55, 2003, pp. 483-512

modifiquen parcial o totalmente la propia Constitución; y la iniciativa ciudadana de ley, para la reforma de la Constitución, en todo o parte[10].

De lo visto hasta aquí, la tensión entre la reforma y los procesos constituyentes no deja de ser potencia o teórico. De hecho, la iniciativa popular para la reforma constitucional, como los otros mecanismos participativos en Suiza, no han operado como mecanismos antagónicos a la actividad parlamentaria y de los partidos políticos. Basta señalar que el art. 137 de la constitución Suiza reconoce explícitamente el rol de los partidos como instancias preferentes para la formación de la opinión pública y la voluntad popular. Pese al central protagonismo que el sistema suizo otorga a los mecanismos de democracia directa, tales instrumentos no pretenden disminuir el rol protagónico de los partidos políticos, ni se presentan en contradicción a la actividad parlamentaria de reforma. La referencia explícita a los partidos políticos en las disposiciones generales supone un mandato al legislador y a la autoridad administrativa de hacer operativo este rol en los diferentes procesos de consulta y eso se expresa en la legislación de desarrollo. De hecho, ninguno de los procesos participativos implementado hasta la fecha, se hubieran podido desarrollar sin el protagonismo de los partidos políticos[11].

Con todo, la doctrina si ha visto un potencial disruptivo en la regulación de la iniciativa popular constitucional. Böckenförde, reflexionando sobre esta institución, destaca que presencia de un mecanismo de reforma total activado por la ciudadanía generaría un efecto permanente. Dice este autor, la sola inclusión en texto constitucional de la iniciativa popular para el reemplazo de la constitución establece un mandato claro a los poderes constituidos en orden a mantener un vínculo con el pueblo en el cumplimiento de la constitución, de lo contrario las consecuencias podrían traducirse en un cambio del orden establecido a través de un proceso participativo de iniciativa popular[12].

Esta tensión entre la activación popular del reemplazo y la actividad parlamentaria se hará más evidente en Latinoamérica, ya que desde el último tercio del siglo pasado se activará un ciclo de procesos constituyentes que tendrán como eje común la regulación del reemplazo constitucional, muchas veces activado por la iniciativa popular.

---

[10] F. Soto Barrientos, «La democracia como forma de Estado: Análisis de los mecanismos de Participación directa en la Constitución Suiza», *Talca, Revista de Estudios Constitucionales*, Año 10, núm. 1, 2012, pp. 373-402.

[11] *Ibid*.

[12] E.W. Böckenförde, *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

2. LOS PROCESOS CONSTITUYENTES Y SU RELACIÓN CON LOS PODERES CONSTITUIDOS

2.1. Recientes experiencias de Latinoamérica

Luego de una etapa de regresiones autoritarias en Latinoamérica, el último tercio del siglo veinte se vienen sucediendo procesos democráticos acompañado de la elaboración de nuevas constituciones, buscando saldar una deuda histórica con los pueblos originarios, entre otros actores postergados de la reflexión constitucional. La propuesta de cambio fue reivindicada por partidos emergentes, con fuerte arraigo en movimientos sociales, críticos de la política tradicional y el desempeño de los Congresos. Nos encontramos, por lo demás, en la región con la peor evaluación de la política y del aporte de la deliberación parlamentaria en el mundo[13]. De ahí que la opción por generar nuevos espacios de deliberación tomara tanta fuerza. Considerando dieciocho países de América Latina, nos encontramos con trece que han implementado la figura de la Asamblea o Convención Constituyente o la han regulado como mecanismo de reforma constitucional en el último tercio de siglo pasado y en lo que va de este[14]. De ahí que las principales experiencias son las generadas en cuatro procesos: Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2006-2009).

En la mayoría de estas experiencias junto con la elección de una Asamblea Constituyente, se realizaron referendos de entrada y salida. Pero el sello característico de estos procesos fue la búsqueda por explorar mecanismos de participación durante la deliberación constituyente[15].

En Colombia el proceso participativo fue una iniciativa del Poder Ejecutivo, que convocó mesas de trabajo y comisiones preparatorias para discutir la reforma y el temario ideados por el gobierno. Entre el 16 de setiembre y el 15 de noviembre de 1990 (antes de las elecciones de constituyentes) funcionaron 1580 mesas de trabajo en todo el país que dieron lugar a la presentación de más de cien mil propuestas[16].

---

[13] Latinobarómetro, 2018 en *https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023)

[14] F. Soto y Y. Welp, *Diálogos Ciudadanos: Chile ante el giro deliberativo*, Santiago, LOM ediciones, 2017.

[15] Y. Welp y F. Soto, «Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales», Madrid, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 50, julio, 2019, pp.13-41.

[16] C. Jiménez Martín, «Momentos, escenarios y sujetos de la producción constituyente. Aproximaciones críticas al proceso constitucional de los noventa», en *Análisis Político*, 19 (58), 2006, pp. 132-56, en *https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/46266* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023)

Las comisiones preparatorias elaboraron los documentos de síntesis que luego fueron enviados a la constituyente[17]. En Venezuela, por su parte, se realizaron numerosos foros y encuentros de debate abiertos al público, incluyendo a los distintos partidos políticos y movimientos sociales. Los primeros tres meses de la constituyente se caracterizaron por la amplia participación de movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil[18]. Mientras que, en Ecuador, con la apertura de la Sede constituyente, en Montecristi (a 240 km. de Quito), donde se registraron unas 170.000 visitas que se canalizaban a través de la definición de mesas de trabajo. También se organizaron talleres y grupos de discusión con expertos[19]. Finalmente, en Bolivia, la participación fue organizada con un enfoque plural en la medida en que el principal mecanismo implementado fue el de los encuentros territoriales, que llevaban a los asambleístas de distintos grupos a participar en debates con la ciudadanía en todas las regiones del país[20].

Con todo, el inicial antagonismo entre los Congreso legislativos y las Asambleas Constituyentes, se vio aplacado sustancialmente por los liderazgos de líderes emergentes, particularmente Chávez, Correa y Morales que, al dominar ambos espacios deliberativos, terminaron promoviendo la cooperación entre estos órganos. Incluso, la agenda oficialista termino cooptando los aportes ciudadanos, de estos procesos participativos. En otro trabajo hemos dado cuenta de la débil sistematización y trazabilidad de los contenidos generados en las referidas instancias participativas. Finalmente, la agenda gubernamental impulsada por esto movimientos emergentes terminó eclipsando cualquier posición alternativa[21].

Así y como característica de los procesos latinoamericanos, que van más allá de los casos analizados, es que se terminan por regular los reemplazos constitucionales como mecanismo alternativo a la reforma. Se asigna de esta manera a una Asamblea o Convención constituyente el reemplazo, mientras las reformas legales y constitucionales son

---

[17] A. Bejarano y R. Segura, «Constituent Assemblies and Democracy: A Critical Reading of the New Constitutionalism in the Andes», *Colombia Internacional*, 79, 2013, pp. 19-48.

[18] N. Massüger y Y. Welp, «Legality and Legitimacy. Constituent power in Venezuela, Bolivia and Ecuador», en F. Méndez y J. Wheatley (eds.), *Constitution-Making and Popular Participation*, Farnham, Ashgate, 2013.

[19] A. Ortiz Lemos, *La sociedad civil ecuatoriana en el laberinto de la revolución ciudadana*, Quito, FLACSO, 2013; The Carter Center, *Informe Final sobre el Referéndum Constitucional Aprobatorio de Ecuador del 28 de septiembre de 2008*, en *https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/election_reports/ecuador-referendum-report08.pdf* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

[20] J. Lazarte, «Reforma electoral en Bolivia», en D. Zovatto y J. Orozco Henríquez (coords.): *Reformas políticas y electorales en América Latina 1978-2007*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma, IDEA Internacional e Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 418, 2008, pp. 265 a 314; J. De la Fuente Jeria, «El difícil parto de otra democracia: la Asamblea Constituyente de Bolivia», Latin American Research Review, 45, 2010, pp. 5-26.

[21] Y. Welp y F. Soto, *op. cit*.

entregadas a los Congresos. La Iniciativa del reemplazo se asocia generalmente a un proyecto de ley de convocatoria aprobado por mayoría absoluta (Bolivia, Nicaragua y Uruguay) o dos tercios del Congreso (Argentina, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Paraguay y Venezuela). También encontramos en varias cartas que se condiciona su convocatoria a un referendo aprobado por la mayoría del Congreso (Colombia) o un porcentaje de padrón electoral (Bolivia, Ecuador y Venezuela). En algunos casos se permite convocarla al jefe de Estado o Presidente de la República (Bolivia, Ecuador y Venezuela) y, como caso anecdótico, Venezuela da iniciativa a las dos terceras partes de los concejos municipales reunidos en cabildo[22].

El único caso de abierto antagonismo, y donde la Asamblea Constituyente operó como contrapoder del Parlamento, proviene de una experiencia fallida de reemplazo constitucionales en Venezuela. Nos referimos al proceso que encabezó el Presidente Maduro a través del Decreto núm. 2878/2017 de convocatoria de elecciones a una Asamblea Nacional Constituyente. Utilizando las atribuciones que le confiere el art. 348 de la constitución de 1999, el Presidente Maduro no solo convocó a la Asamblea Nacional Constituyente, sino que estableció un procedimiento para elegir a sus 553 miembros. Con esto se dio inicio a una serie de medidas adoptadas por el gobierno de Maduro y que le fueron restando atribuciones al Parlamento, dominando por la oposición. Así la Asamblea Nacional Constituyente se fue conformando como un contrapoder que fue absorbiendo las atribuciones legislativas del Parlamento, generando cuestionamientos y el descredito internacional[23], que llevaron finalmente a desechar este proceso de reemplazo[24].

En el último apartado, analizaremos la experiencia chilena, donde curiosamente el proceso constituyente surge como una iniciativa del Congreso para enfrentar la creciente crisis de legitimidad del Gobierno de Sebastián Piñera.

---

[22] F. Soto Barrientos, «Asamblea Constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile», Talca, *Revista Estudios Constitucionales*, año 12, núm. 1, 2014, pp. 397-428.

[23] *Vid*. Dictamen Comisión Europea para la democracia a través del derecho (Comisión De Venecia). Disponible en *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)024-spa*

[24] M. J. Camarillo, «Asamblea Nacional Constituyente 2017: ¿Mutación al legislativo, dictadura constitucional o solución necesaria para un nuevo pacto social que garantice el orden público? », en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. xii, núm. 2 julio – diciembre, 2018, pp. 45-50; A. Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*, Caracas/New York, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, en *http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/BREWER-CARIAS-LA-INCONSTITUCIONAL-CONVOCATORIA-AN-CONSTITUYENTE-JUNIO-2017-FINAL.pdf* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

2.2. Experiencias recientes europeas

Uno de los procesos más innovadores en Europa fue el fallido proceso constituyente de Islandia. Se activa a partir de la crisis política y económica de 2008, generada por la quiebra de los tres Bancos más importantes[25]. A fines de ese año, el primer ministro de centro-derecha, Gier H. Haarde, dimitió, conformándose una nueva mayoría parlamentaria conformada por socialdemócrata y el Partido de Izquierda Verde. Ya en el gobierno la nueva mayoría parlamentaria logró aprobar un procedimiento regulado en el Acta Constitucional 90/2010 que contemplaba un itinerario constituyente respetando los procedimientos de reforma establecidos en la constitución vigente. La fórmula encargaba a una comisión parlamentaria la articulación de un «Foro Nacional», que suponía una selección aleatoria de mil personas, elegidas por sorteo bajo ciertos criterios que permitieron respetar la diversidad territorial y de género. Del debate generado por el Foro, la comisión parlamentaria elaboró un documento base de temas de relevancia constitucional para la ciudadanía[26].

A partir de esto temas propuestos en este procedimiento de origen, se eligió una Asamblea Constituyente, integrado por 25 representantes, donde los partidos políticos no presentaron ningún candidato. El tribunal supremo termino invalidando el proceso por una serie de problemas generados por el procedimiento electoral[27]. La fórmula para resolveré este impasse, fue designar una comisión constitucional, elegida por el parlamento a partir de candidatos con perfil académico, que debían elaborar un borrador en diálogo con la ciudadanía (*crowd-sourced constitution*). Las redes sociales y otros medios tradicionales fueron puestos a disposición de la ciudadanía para que enviase sus propuestas al Consejo Constitucional. Tan solo a través de la red social Facebook se recibieron 3600 mensajes. En un proceso abierto a la mirada de la ciudadanía, el Consejo fue avanzando a través de la deliberación, sin acceso privilegiado de ningún grupo o persona, cuyas versiones estaban en línea semanalmente. Así, el borrador de constitución se fue conformando por aportes de muchos ciudadanos anónimos, de manera descentralizada y horizontal. El texto final, entregado al Parlamento en junio de 2011, y no contó con la participación de los partidos políticos,

---

[25] D. González Cadena, «Lecciones desde Islandia: poder constituyente y hegemonía», en R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

[26] A. Meuwese, «Popular constitution-making: The case of Iceland», en D. Galligan y M. Versteeg (eds.), *The social and political foundations of constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 469-496.

[27] D. González Cadena, «Lecciones desde Islandia: poder constituyente y hegemonía», en R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

considerándose esta una de las razones de la fría recepción que tuvo este proyecto en el Parlamento[28].

Poco después (octubre de 2012), fue sometido a un referendo no vinculante, que tuvo la participación del 48 por 100 de participación, donde se hicieron seis preguntas que en términos generales fueron aprobadas por una mayoría superior al sesenta porcientos de los participantes. No obstante, el proyecto se entrabo en la votación parlamentaria, ya que requería una mayoría simple en dos parlamentos sucesivos. Sin embargo, en marzo de 2013, los partidos de centro-derecha, opositores del proceso constituyente, llegan al gobierno con una mayoría que paralizó todo intento de aprobación del proyecto de nueva constitución hasta la fecha[29].

El proceso islandés puso en evidencia la posibilidad que entrega internet para activar procesos participativos que permitieron una verdadera apropiación del texto por parte de los ciudadanos. La idea, generada al fragor de la revolución francesa, vale decir, que los procesos constituyentes podían ser un proceso deliberativo alternativo al debate parlamentario, se articuló quizás de la manera más pura, ya que esta vez, no se dio el condicionante de liderazgos carismáticos o la predominancia de la agenda de un grupo específico que eclipsaran la deliberación, como ocurrió en Latinoamérica.

No obstante, la total marginación de la política y de los políticos termino pasándole la cuenta al resultado, ya que no logró comprometer el compromiso parlamentario, ni siquiera de los originales impulsores en el parlamento islandés. Así se instala la duda sobre la pertinencia de una metodología basada en una participación ciudadana como único eje ordenador del debate. Queda planteada la interrogante si no es conveniente articular mecanismo que permitan evitar el antagonismo con los partidos, sino más bien un proceso integrador.

De alguna manera, esa es la experiencia irlandesa. Que se ha dado, ya no en procesos de reemplazos, sino más bien en el terreno de reformas constitucionales de alto impacto mediático: reducir el mandato presidencial; reducir la edad mínima para votar de 18 a 17 años; revisión del sistema electoral de la cámara baja; derecho a voto de los residentes en el extranjero; matrimonio de las personas del mismo sexo;

---

[28] Z. Elkins, T. Ginsburg y J. Melton, «A Review of Iceland's Draft Constitution», The Comparative Constitutions Project, 2012, en *http://comparativeconstitutionsproject.org/wp-content/uploads/CCP-Iceland-Report.pdf?6c8912* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023); Y. Welp y F. Soto, «Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales», Madrid, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 50, julio, 2019, pp. 13-41.

[29] T. Gylfason, «From Collapse to Constitution: The Case of Iceland», en L. Paganetto, (ed.), *Public Debt, Global Governance and Economic Dynamism*, Berlin, Springer, 2013, en *https://doi.org/10.1007/978-88-470-5331-1_22* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023); E. Bergmann, «Participatory Constitutional Deliberation in the Wake of Crisis: The Case of Iceland», en M. Reuchamps y J. Suiter (eds.), *Constitutional Deliberative Democracy in Europe*, Londres, ECPR Press, 2016.

entre otras material relevantes. Se busca establecer una amplia deliberación ciudadana a través de un proceso de selección de representantes generado de manera aleatoria[30].

El origen de la metodología participativa surge en el 2012, como propuesta de innovación democrática de organizaciones de la sociedad civil y académicos (*We the Citizens*). Una vez conseguido el respaldo gubernamental, se sumó rápidamente como fórmula complementaria al proceso legislativo del parlamento. El modelo consiste en la articulación de una «Asamblea de ciudadanos» (*Citizen Assembly*), que debate de manera paralela al parlamento iniciativas de reformas legal o constitucional. Por un lado, se identificaron los temas susceptibles de ser debatidos en la Convención. Por otro, se diseñó un mecanismo para escoger por sorteo a personas representativas de la población en términos de género, edad, territorio e ingresos económicos[31].

Como vemos el mecanismo tiene evidentes semejanzas al islandés, la variante del modelo irlandés consiste en que la Asamblea de ciudadanos incorporó un 66 por 100 de sus miembros por sorteo, mientras el otro 33 por 100 fue nominado por los partidos políticos. Una selección de nueve temas fueron planteados para organizar el debate y hacer propuestas de reforma constitucional, referidos a asuntos tales como la reducción del mandato presidencial a cinco años, bajar la edad del voto a 17 años, la reforma del sistema electoral; el matrimonio para personas del mismo sexo o el fomento de la participación de la mujer en la política, entre otros. En un proceso con una metodología clara, participación de facilitadores y mecanismos de formación de los participantes y fomento a la participación se crearon informes que el gobierno se comprometió a considerar y/o someter a referéndum. Con posterioridad a la propuesta original esta metodología de la «Asamblea de ciudadanos» fue utilizada en el 2016 para debatir un polémico proyecto de reforma constitucional vinculado a la interrupción voluntaria del embarazo[32].

En definitiva, la experiencia de Islandia e Irlanda revisada someramente nos da cuenta de la búsqueda por fórmulas alternativas de deliberación constitucional en Europa, generada por la crisis de legitimidad de las instituciones y la política tradicional. La diferencia entre ellas se encuentra básicamente en la intención metodológica de conectar el debate

---

[30] E. Seijas, «Ciudadanos y constituciones la participación popular en el proyecto de reforma de la constitución según la Convención Constitucional Irlandesa», en J. M. Castellà Andreu (coord.), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional: ¿Quién y cómo participa?*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 123-148.

[31] Y. Welp y F. Soto, «Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales», Madrid, Revista Española de Ciencia Política, núm. 50, julio, 2019, pp. 13-41.

[32] D. Farrell, C. Harris y J. Suiter, «Bringing People into the heart of constitutional design», en X. Contiades y A. Fotiadou (eds.), *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, Oxon, Routledge, 2017.

ciudadano con la política tradicional. La «Asamblea de ciudadanos» irlandesa nos muestra que un diálogo colaborativo es posible y que puede extrapolarse al terreno legislativo, más cotidiano del trabajo legislativo de los parlamentos y con esto mejorar la legitimidad de las instituciones[33].

2.3. El proceso constituyente chileno

El más reciente proceso constituyente es el chileno. Al igual que la mayoría de los casos analizados anteriormente, la pérdida de legitimidad en las instituciones fue el gatillante de la crisis y el cambio constitucional la solución. Así, la demanda ciudadana por un proceso que supere las prácticas tradicionales y promueva la presencia de independientes, paridad de género y escaños reservados para los pueblos originarios, se impuso durante todo el diseño del itinerario constituyente.

El reclamo de una nueva constitución ha ido de la mano de una profunda crisis que viene evidenciando la democracia en Chile, que ha impactado con fuerza en la confianza en las instituciones, particularmente en el Congreso que muestra una sostenida caída de confianza desde la vuelta de la democracia de un 43 a un 17 por 100. Aunque esta es una característica propia de las democracias latinoamericanas. El Congreso de Chile ocupa el último lugar en Latinoamérica[34].

Así las exigencias por una nueva constitución se han desarrollado hace variadas décadas. Por lo demás, en los últimos años varias iniciativas para reemplazar la constitución vigente en Chile se han sucedido sin éxito. Ya en las elecciones presidenciales de 2009, tres de los cuatro candidatos hicieron propuestas en este sentido. No obstante, el Presidente electo, Sebastián Piñera, quién representaba a amplios sectores de centro derecha, fue el único permaneció escéptico en este espíritu de cambio y no hizo propuestas en este sentido[35].

La desconfianza de la derecha se mantuvo también durante el segundo gobierno de Sebastián Piñera. El punto de inflexión fue la crisis de octubre de 2019, que desencadenó un amplio movimiento por el cambio constitucional y logró sumar a sectores del oficialismo. Fue en este momento de crisis, donde por lo demás, la confianza en las instituciones cae a niveles inéditos, que se han mantenido hasta la fecha (según la encuesta CEP 2021) los partidos políticos alcanzaron solo

---

[33] L. Hennen, I. Van Keulen, I. Korthagen, G. Aichholzer, R. Lindner, R. Ojvind Nielsen (eds.), *European E-Democracy in Practice*, Switzerland, Springer, 2020.

[34] Latinobarómetro, 2018 en *https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

[35] F. Soto y Y. Welp, *Diálogos Ciudadanos: Chile ante el giro deliberativo*, Santiago, LOM ediciones, 2017.

un 2 por 100 de aprobación, mientras que el Congreso (8 por 100) y el Gobierno (9 por 100) alcanzaron sus niveles más bajos[36].

Así, luego de sucesivas y masivas manifestaciones, que se extendieron por cerca de un mes, surge un acuerdo, liderado desde el senado, entre todos los partidos con representación parlamentaria. Este consistió básicamente en un itinerario para reemplazar la constitución vigente, que se tradujo en un procedimiento de reemplazo establecido en la Ley de reforma constitucional núm. 21.200/ 2019 de 24 de diciembre. Se incorporó un nuevo título al capítulo XV de la constitución vigente: «Reforma de la constitución y del procedimiento para elaborar una nueva constitución de la República»[37].

Lo primero que llama la atención de la fórmula chilena es que, a diferencia de los procedimientos de reemplazo del resto de constituciones latinoamericanas, no se establece un procedimiento general, sino uno *ad hoc*, que solo podrá implementar por una sola vez de acuerdo con el itinerario previsto en el articulado permanente. Por otra parte, el procedimiento de reemplazo, elaborado desde el parlamento, buscó encausar todos los aspectos posibles del proceso desde la propia constitución. Lo que en la mayoría de los procedimientos de reemplazo en Latinoamérica supone un artículo con referencias generales, en el caso chileno supuso 13 nuevos artículos con preveían desde el plebiscito de entrada autorizando el proceso hasta su aprobación final, pasando por una detallada conformación del cuerpo constituyente, sus reglas de decisión. Quizás, la regla más controvertida en este sentido se encuentra en el art. 133, que estableció que la Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio[38].

También se establecieron límites materiales a los acuerdos que puedan establecer la futura Convención, que suponen el respeto al carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Otra novedad de la regulación constitucional chilena tiene que ver con la definición de una instancia de reclamación de terceros o con-

---

[36] Encuesta CEP, Estudio Nacional de Opinión Pública núm. 85, Agosto 2021, en *https://www.cepchile.cl/encuesta/estudio-nacional-de-opinion-publica-n85-agosto-2021/* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

[37] J. Quintana, *Sírvase conectar: crónica de los acuerdos y desacuerdo desde el estallido social a la pandemia*, Santiago, Editorial Catalonia, 2020; H. Nogueira, «El camino hacia una nueva constitución», en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, 46, 2020, pp. 433-456.

[38] G. Negretto y F. Soto Barrientos, «¿Cómo se debe regular un proceso constituyente democrático? Reflexiones a partir de la experiencia chilena», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 163, 2023, en *https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2022.163.17494* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

vencionales ante incumplimiento del procedimiento de reemplazo antes descrito. Dice el art. 136 que se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención. En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración. Conocerán de esta reclamación cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada.

Con todo, y pese a que los sectores más radicales de izquierda se restaron de apoyar la reforma constitucional núm. 21.200/2019, los resultados del plebiscito de entrada (25 de octubre 2020) fueron auspiciosos, ya que se registró la mayor participación de la historia de Chile: 7.573.914 votos, solo superada por el plebiscito de salida. El 78,31% de los ciudadanos que votaron aprobaron iniciar el proceso de redacción de una nueva Constitución, encargando la tarea a una convención cien por ciento elegida[39].

No obstante, las manifestaciones se siguieron sucediendo y el Congreso debió aprobar dos nuevas leyes: 21.216/2020 de 20 de marzo y 21.298/2020 de 23 de diciembre. Ambas incorporan demandas de los movimientos sociales referidas a la paridad de género, participación de independientes y escaños reservados para pueblos originarios. Particular protagonismo tuvieron en estas reformas legislativas el movimiento feminista, las que buscaban transformar esta convención en la primera en el mundo con una norma de paridad de género que garantice un equilibrio casi uniforme entre hombres y mujeres.[40] Así, las elecciones de la convención se realizaron finalmente los días 15 y 16 de mayo de 2021 (tras sufrir dos retrasos), en el contexto de la pandemia de la covid-19, en medio de unos de los momentos con mayor índice de contagios en Chile. Con todo, en la elección de representantes convencionales la participación disminuyó a 6.188.727 votantes, un millón trescientos mil votos menos que en el plebiscito de entrada. En cuanto a los resultados, ninguna lista logró imponerse sobre las demás. La sorpresa estuvo dada

---

[39] Servicio Electoral de Chile, en *https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=10* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).

El art. 142 de la Constitución Política de la República de Chile señala «[…] En el plebiscito señalado, la ciudadanía dispondrá de una cédula electoral que contendrá la siguiente pregunta, según corresponda a la Convención que haya propuesto el texto: "¿Aprueba usted el texto de Nueva Constitución propuesto por la Convención Mixta Constitucional?" o "¿Aprueba usted el texto de Nueva Constitución propuesto por la Convención Constitucional?". Bajo la cuestión planteada habrá dos rayas horizontales, una al lado de la otra. La primera de ellas tendrá en su parte inferior la expresión "Apruebo" y la segunda, la palabra "Rechazo", a fin de que el elector pueda marcar su preferencia sobre una de las alternativas […]» En *https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idParte=* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).

[40] C. Heiss, «Latin America Erupts: Re-founding Chile», en *Journal of Democracy*, vol. 32, núm. 3, July 2021, pp. 33-47.

por la alta presencia de independientes. Entre 1.468 candidaturas, el 77 por 100 carece de experiencia política ni pública previa[41].

Finalmente, en torno al 60 por 100 de los 155 escaños electos carece de afiliación partidaria. Las casi ochenta listas independientes que compitieron a lo largo del país lograron conquistar 43 escaños (24 escaños para la Lista del Pueblo —vinculados a los movimientos generados durante los estallidos sociales de octubre—, 11 para Independientes No Neutrales —centro izquierda—, 8 asociados a otros movimientos sociales). Por su parte, las listas asociadas a grupos políticos obtuvieron 90 escaños (en cuyas listas se contaban hasta 40 independientes): Vamos por Chile 37 (sectores oficialistas de derecha); Apruebo Dignidad 28 (izquierda); y Apruebo 25 (centro izquierda). Los 17 escaños restantes fueron de los pueblos indígenas de Chile[42]. El 2 de julio de 2021 tenía lugar la sesión constitutiva de la nueva Convención en la que se eligió como presidenta a Elisa Loncón, representante del pueblo mapuche.

Una vez instalada la convención el 4 de julio 2021, se destinaron cerca de tres meses a la discusión reglamentaria. Se regularon siete comisiones temáticas que ordenarán el debate de contenidos[43]. Con todo, quizás lo más importante de todo este proceso reglamentario, se produjo en el debate referido a la ratificación de la regla de los dos tercios como criterio de aprobación del texto constitucional. La presencia de independientes y la no existiera ninguna mayoría política en el cuerpo constituyente que pudiera imponer decisiones, ni una minoría con capacidad de bloquearlas, fue clave para la ratificación de esta regla.

No obstante, contra todo pronóstico, entrando ya la discusión del texto, se articuló una mayoría que logró aislar a los representantes de los partidos más tradicionales: el centro y la derecha que se repartieron los sucesivos gobiernos en los últimos treinta años desde la llegada de la democracia. El discurso aglutinante del acuerdo mayoritario fue distanciarse de la política tradicional y del modelo que justamente gobernó en los últimos treinta años.

---

[41] P. Figueroa, «Históricas: Nada sin nosotras, Paridad y Nueva Constitución: El caso de Chile», en *Revista Culturas Jurídicas*, Río de Janeiro, vol. 8, 2021.

[42] C. Heiss, «Latin America Erupts: Re-founding Chile», en *Journal of Democracy*, vol. 32, núm. 3, July 2021, pp. 33-47; F. Zúñiga Urbina y E. Alvarado Parra, *Nueva Constitución y Política Constitucional*, Santiago, Thomson Reuters, 2021; G. Gómez Bernales, «Revisión y crítica al proceso constitucional chileno», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 23, 2022.

[43] (1) Comisión sobre sistema político, gobierno, poder legislativo y sistema electoral; (2) Comisión sobre principios constitucionales, democracia, nacionalidad y ciudadanía; (3) Comisión de forma de estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal; (4) Comisión sobre derechos fundamentales; (5) Comisión sobre medio ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico; (6) Comisión sobre sistemas de justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional; y (7) Comisión sobre sistemas de conocimientos, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios.

La articulación de este acuerdo se logró en base a una negociación por agregación de los movimientos sociales principales (ambientalista, feminista, indigenista, entre otros) y los partidos de izquierda. Como explica Fernández[44], la mayoría de la Convención fue integrada por independientes, que reivindicaban causas específicas, en relación con las que no pueden ceder, alcanzando un acuerdo que suponía las sumatoria de todas las demandas. Esto trajo como consecuencia una alta regulación de derechos, se superan los ciento cincuenta. Convirtiendo al borrado finalmente aprobado en uno de los textos constitucional con el catálogo de derechos fundamentales más amplios.

El acuerdo que se fue conformando por la mayoría de la Convención contrastaba con el modelo establecido por la constitución vigente, particularmente en el tratamiento de la forma de Estado y en la regulación de derechos fundamentales.

En lo referente a la forma de Estado, en contraste a la evolución internacional, Chile mantiene grados extremos de centralismo estatal, siendo uno de los países que más concentra poder en el mundo. Además, y a diferencia del resto de los países de la región, no contempla ningún mecanismo para redistribuir poder político hacia mundo indígena.

Mientras que, en materia de derechos fundamentales, Chile ha regulado tradicionalmente un número promedio de derechos a nivel mundial, pero reducido para los estándares Latinoamericanos. El año 2010, se ubicaba en el número 108 de la clasificación mundial de derechos, de un total de 186 países; ningún otro país el Latinoamérica tiene actualmente una cantidad de derechos tan reducido como el de Chile. La otra particularidad se refiere a los derechos prestacionales, donde Chile, a diferencia de buena parte de las constituciones en el mundo, se caracteriza por regular derecho como la educación, salud, seguridad social y trabajo como libertades de acceso a las prestaciones, donde asumen un rol preferente los privados por sobre el estado. Por lo tanto, la constitución vigente en Chile entrega la provisión de bienes público a los privados y al mercado, y solo en caso en que estos no puedan, el deber recae en el estado[45].

Quizás el gran cambio se pueda resumir en el art. 1 del borrador que fue sometido a plebiscito y que define a Chile como un: «Estado social y democrático de derecho», a lo que se le agrega otras características como plurinacional, intercultural, ecológico, regional, y paritario[46].

---

[44] M. Fernández Baeza, *El Vuelco Constituyente*, Santiago, Thomson Reuters, 2022.

[45] A. Corvalán y F. Soto, *Tendencias Constitucionales: Experiencias comparadas y lecciones para Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2021.

[46] Para ver el texto oficial aprobado por la Convención se puede remitirá la siguiente dirección *https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).

Con esto se quiere tomar distancia con el ante descrito modelo abstencionista y subsidiario del Estado en materia de derechos. Por lo demás, el referido borrador en su capítulo II, sobre derechos y garantías que va de los arts. 1 a 113, se regulan más de 150 derechos, con un particular énfasis en los derechos prestacionales donde se asegura la intervención del Estado (art. 19.1) y la satisfacción de estos derechos está sujeto al principio de progresividad (art. 20).

Así junto a los ya mencionados derechos a la educación (art. 35 a 40), salud (art. 44), seguridad social (art. 45) y trabajo (art. 46 a 48), se agregan otros tantos como: derecho a la ciudad y al territorio (art. 52); reconocimiento del trabajo doméstico (art. 49); derecho al cuidado (art. 50); derecho a una vivienda digna (art. 51); derecho a vivir en entornos seguros y libres de violencia (art. 53); soberanía y seguridad alimentaria (art. 56); derecho a una alimentación (art. 56); derecho humano al agua (art. 57); derecho a un mínimo vital de energía asequible y segura (art. 59); derecho al deporte (art. 60); y derecho al ocio (art. 91).

En lo referido a la plurinacionalidad, se contemplan un importante número de artículos a lo largo de todo el texto donde se desarrolla esta dimensión del Estado: la soberanía reside en el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones (art. 2); Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado, reconociendo el estatus de pueblos y naciones indígenas preexistentes los *Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam* y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley (art. 5); Se consagran también los principios complementarios de interculturalidad y plurilingüismo, que reconoce las distintas culturas y lenguas de las naciones que habitan Chile (arts. 11 y 12); la libre determinación y pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales (art. 34); se reconoce a los pueblos y naciones indígenas el uso tradicional de las aguas situadas en territorios indígenas o autonomías territoriales indígenas (art. 58); la identidad e integridad cultural y al reconocimiento y respeto de sus cosmovisiones, formas de vida e instituciones propias (art. 65); ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen (art. 66), se reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y naciones indígenas a sus tierras, territorios y recursos (art. 79); finalmente se contemplan una serie de Instituciones como las autonomías territoriales indígenas (arts. 7, 234 a 240), los sistemas de justicia indígena (arts. 307 a 341), y los escaños reservados en los órganos de representación popular (art. 252).

El estado ecológico supuso la incorporación del principio de interdependencia y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, siguiendo la tendencia trazada por Constituciones como la de Bolivia y Ecuador. El reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos

se traduce en que los ecosistemas y la biodiversidad pasan a tener una protección independiente que puede ser reclamada, aunque no haya afectado a seres humanos, porque su preservación se considera un valor. En materia de derechos el Estado ecológico supone el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos que debe someterse a una serie de principios mínimos como los de progresividad, precautorio, preventivo, de justicia ambiental, de solidaridad intergeneracional, de responsabilidad y de acción climática justa (art. 103).

La fórmula de Estado regional se regula en capítulo VI referido al «Estado Regional y Organización Territorial», donde se establece que el Estado se organiza territorialmente en entidades territoriales autónomas, compuestas por comunas autónomas, regiones autónomas y autonomías territoriales indígenas (art. 187). El modelo también impacta en la forma de gobierno, donde el Congreso Nacional, que tradicionalmente en las sucesivas constituciones chilenas se compone de una cámara de diputados y un senado, en la propuesta pasaría a conformarse por un Congreso de Diputadas y Diputados, complementada por un Cámara de las Regiones, que representa a las regiones de forma igualitaria en el proceso de formación de algunas leyes que la Constitución considera como «leyes de acuerdo regional» (art. 268).

Tanto el Congreso, como la Cámara de las Regiones tendrán una conformación paritaria, lo que conecta con la última característica del modelo de Estado propuesto en el borrador, el carácter paritario de la democracia. Con esto se implementa el principio de paridad que aparece en los arts. 1 y 6, donde todos los órganos colegiados del Estado, los autónomos constitucionales, los superiores y directivos de la administración, así como los directorios de las empresas públicas y semipúblicas, deberán tener una composición paritaria que asegure que, al menos, el cincuenta por ciento de sus integrantes sean mujeres. Además, señala el art. 6.4, señala: «Los poderes y órganos del Estado adoptarán las medidas necesarias para adecuar e impulsar la legislación, las instituciones, los marcos normativos y la prestación de servicios, con el fin de alcanzar la igualdad de género y la paridad. Deberán incorporar transversalmente el enfoque de género en su diseño institucional, de política fiscal y presupuestaria y en el ejercicio de sus funciones».

La conformación de todas estas definiciones constitucionales, se trabajaron de un intenso proceso de participación, que se desarrolló fundamentalmente en las etapas previas a la elaboración del texto y significaron importantes insumos para la convención. Lograr que la ciudadanía tuviera un papel protagónico en la elaboración de la nueva constitución, fue uno de los objetivos prioritarios de la convención, a los que dedicó un reglamento de participación popular, destino una comisión permanente y una secretaría técnica que debían dar seguimiento a este proceso.

Las posibilidades de incidir en el texto se dieron fundamentalmente durante los entre enero a marzo del 2022, en un período donde la participación ciudadana tiende a ser esquiva por el verano y la vacaciones en Chile. A la vez, el vertiginoso trabajo de los convencionales por cumplir con los plazos que imponía el itinerario constitucional conspiraba con proceso de diálogo ciudadano que requieren muchas veces discusiones pausadas.

Con todo, la convención logró establecer varios logros significativos en materia de participación. Como por ejemplo, las audiencias públicas, que acompañó la instalación de las comisiones provisorias y permanentes. Cada comisión dedicó parte importante de su tiempo a escuchar en audiencia a académicos y representantes de la sociedad civil. Solo en la comisión de reglamento (general), por dar un ejemplo, se realizaron más de cien audiencias, que tuvieron que ser sistematizadas para nutrir el debate al interior de dicha comisión provisoria.

Sin dudas, el mecanismo de mayor incidencia fue la iniciativa popular de normas (en adelante IPN), donde se presentaron 6.105 iniciativas. Cada una debía fundamentarse y proponer un articulado. Por lo mismo, solo 2.495 fueron declaradas admisibles y se publicaron en la plataforma habilitada para estos efectos. Así, durante enero y febrero del 2002 más de un millón de personas se involucraron patrocinando alguna de las iniciativas, permitiendo que 78 iniciativas lograran superar las 15 mil firmas.

En general las iniciativas que se aprobaron correspondía a temáticas altamente sensibles para los colectivos que conformaron la mayoría de la convención. Así, por ejemplo, en materia tan relevante como derechos de salud, vivienda, educación, medio ambiente los aportes de las iniciativas populares fueron determinantes en el texto que finalmente fue aprobado.

El informe de incidencia de las IPN nos señala que de ellas —considerando que cinco fueron votadas en dos comisiones temáticas—, el 41 por 100 de 86 iniciativas fueron aprobadas totalmente en general, 8,4 por 100 parcialmente, 49,4 por 100 rechazadas y 1,2 por 100 declaradas inadmisibles[47]. Sin embargo, en la tramitación posterior en la Convención, solo una iniciativa aprobada antes en general será aprobada por una comisión temática en particular, mientras que 16 serán aprobadas con modificaciones y 23 serán rechazadas en particular[48]. Finalmente, solo 10 iniciativas populares serán incorporadas por el Pleno de la Convención al texto final de la propuesta de nueva constitucional. Sin embargo, el análisis del contenido de las IPN indicaría que 23 de las

[47] Secretaría de Participación Popular, *Incidencia de las Iniciativas Populares de Norma en el borrador de la Nueva Constitución*, Cuarto Informe de Incidencia, Santiago, Convención Constitucional, 26 de mayo de 2022, p. 5.

[48] *Ibid*., p.7.

78 iniciativas tienen coincidencias con el borrador de la propuesta de nueva constitución y 46 tienen una coincidencia parcial[49].

La mayoría que logró aprobar la propuesta que hemos caracterizado en términos generales, estaba convencida en el apoyo que le daría la ciudadanía el 4 de septiembre de 2022, fecha prevista para ratificar el borrador elaborado por la Convención. Había varios argumentos parar ello: las sucesivas consultas constitucionales realizada desde 2016 mostraban la insatisfacción con el modelo propuesto por la constitución de 1980, y la necesidad por avanzar en una fórmula que dotara mayor intervención del estado. Mientras los movimientos sociales habían conformado un listado de demandas que la convención supo articular en un texto coherente. Se contaba con el apoyo del gobierno, que adhería al modelo propuesto, desplegando una campaña mediática que promocionaba el texto que se propondría a la ciudadanía.

Paradójicamente, las iniciativas que alcanzaron las más altas mayorías fueron rechazadas. Ese fue, por ejemplo, lo ocurrido con la iniciativa «Con mi plata no», que buscaba proteger la propiedad de los ahorros previsionales, que reunió más de 68 mil firmas, siendo la iniciativa más respaldada por la ciudadanía. También fue el caso, de la iniciativa «Un poder legislativo en chile de carácter bicameral», que reunió más de 27 mil firmas. Un tema particular consistió en que la IPN más votada en la plataforma digital fue la núm. 8.590, «Con mi Plata No», con 60.852 firmas, que buscaba garantizar la propiedad y heredabilidad de los fondos previsionales, fue rechazada el 29 de marzo de 2022 en la comisión de derechos fundamentales de la Convención. El 1 de abril, se publicó la primera encuesta —CADEM— que daba por ganador al Rechazo a la Nueva Constitución (46 por 100 a 40 por 100), y donde se ha reconstruido el impacto del debate surgido a partir del descarte de la referida IPN[50]. A partir de entonces, la ventaja del Rechazo se mantuvo y amplió hasta llegar al 62 por 100 en el plebiscito de 4 de septiembre de 2022[51].

En la vereda del frente estaba los partidos de la oposición, marginados en la elaboración del texto, articulados en un senado que vería su fin con la aprobación del borrador en el Plebiscito. El trabajo de estos

---

[49] *Ibid*., p. 9.

[50] Encuesta Plaza Pública CADEM, Santiago, primera semana de abril 2022, en *https://cadem.cl/wp-content/uploads/2022/04/Plaza-Publica-430-Se-mantiene-diferencia-en-favor-del-rechazo-44-2pts-en-el-plebiscito-de-salida-vs-39-1pt-que-votaria-apruebo.pdf* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).

[51] M. Segovia y P. Toro, «Los cuatro días clave que llevaron al Rechazo al tope de las encuestas y los cinco meses de campaña para mantener esa ventaja», en *Ciper Chile*, 5 de septiembre de 2022, en *https://www.ciperchile.cl/2022/09/05/los-cuatro-dias-clave-que-llevaron-al-rechazo-al-tope-de-las-encuestas-y-los-cinco-meses-de-campana-para-mantener-esa-ventaja/* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).

grupos por el Rechazo fue recibiendo su fruto en las encuestas que se fueron sucediendo en la medida que se acercaba el Plebiscito[52].

Finalmente, una amplia mayoría de chilenos optó por rechazar el nuevo texto surgido de la Convención Constitucional (2021-2022). Con una participación electoral récord, 7,8 millones de electores, este plebiscito se convirtió en la votación con mayor participación en la historia de Chile. Con voto obligatorio y una participación del 85 por 100, el 62 por 100 optó por abortar el proceso constituyente. El rechazo se impuso al Apruebo por casi 25 puntos porcentuales y solo perdió en ocho de las 346 comunas del país[53].

Para Gargarella, el Rechazo en Chile se generó por una suerte de distorsión generada por el plebiscito de salida, particularmente por la obligación que se impone a la ciudadanía por validar un texto que contiene amplias definiciones, donde pueden encontrarse algunas particulares que no son compartidas (como las propuestas de autonomías indígenas) y que eventualmente pueden gatillar un rechazo de otras tantas que si pueden ser consideradas como positivas, de ahí que considere preferible opciones más deliberativas como las asambleas ciudadanas compuestas —parcial o totalmente— por ciudadanos electos al azar como se ha utilizado en Irlanda.

En este sentido, manifestamos una opinión parecida a la de Joel Colón-Ríos[54], que considera que las objeciones de Roberto Gargarella se vinculan más a problemas propios del ejercicio del sufragio en

---

[52] Por ejemplo, en el mes de agosto la encuesta Pulso Ciudadano, de Criteria, ya anticipaba que un 45,8 por 100 rechazaría el nuevo texto, mientras que un 32,9 por 100 se inclinaría por aprobarlo. *Vid*. *https://www.criteria.cl/* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).

Por su parte, la encuesta plaza pública (Cadem) identifica como las principales causa del rechazo son que el proceso fue llevado de muy mala manera por los constituyentes (40 por 100), y por la plurinacionalidad y autonomías indígenas (35 por 100). *Vid*. *https://cadem.cl/wp-content/uploads/2022/09/PP-452-67-esta-de-acuerdo-con-que-Chile-tenga-una-nueva-Constitucion.pdf* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).

[53] Las cifras muestran que las comunas con mayor población indígena a lo largo del país se inclinaron por rechazar el proyecto constitucional. Es el caso de Alto Biobío, donde el 84,20 por 100 de la población es indígena y la opción Rechazo alcanzó el 70,75 por 100 de los votos versus los 29,25 por 100 del Apruebo. En Saavedra, donde la población indígena llega al 79,60 por 100, el Rechazo ganó con el 68,05 por 100 de los votos, mientras que el Apruebo obtuvo el 31,95 por 100 de los escrutinios. Mientras que en Cholchol, donde el 75,30 por 100 de las personas declara ser indígena, el 73,82 por 100 prefirió descartar el texto constitucional, frente a un 26,18 por 100 que decidió respaldarlo. En Tirúa, donde el 70,40 por 100 de los habitantes pertenecen a algún pueblo indígena, el Rechazo superó al Apruebo con el 77,25 por 100 de los sufragios, ante un 22,75 por 100. *Vid*. *https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/09/05/1071958/votos-comunas-poblacion-indigena-plebiscito.html*

[54] J. Colón-Ríos, «Plebiscitos de Salida y Democracia», en *IACL-AIDC Blog*, 20 de septiembre de 2022, en *https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/9/20/plebiscitos-de-salida-y-democracia*

general, que del plebiscito en particular[55]. Sopesar diversas variantes se da tanto, al elegir un representante como al aprobar o rechazar un texto constitucional. A juicio de este autor, la posibilidad de deliberar a través de unas asambleas adicionales a la convención no resuelve lo que llama el «dilema del ciudadano», vale decir, eventuales puntos de desencuentro con el borrador elaborado por representantes.

Por otra parte, pensamos que las fórmulas deliberativas no deben ser consideradas como antagónicas al referendo de salida, sino que operan como mecanismo complementario, que permite testear los mecanismos participativos usados en la etapa de elaboración del texto, si el resultado final es expresión de una mayoría de la ciudadanía o de un grupo acotado de la sociedad civil particularmente dispuesto a deliberar.

El plebiscito de salida y las asambleas ciudadanas operan en definitiva en distintas fases de la discusión, el primero testeando si la mayoría hace suyo lo que sectores más dispuesto a la deliberación lograron instalar en el borrador que será consultado. En definitiva, lo que hace el plebiscito de salida es poner en evidencia las posiciones mayoritarias de la ciudadanía, que pudieron ser relativizados por los distintos grupos de interés durante la discusión constituyente.

3. CONCLUSIÓN

El carácter de contrapoder de las Convenciones o Asambleas Constituyentes ha sido un discurso que acompaña el devenir del debate constitucional desde los orígenes del constitucionalismo. Desde nuestro punto de vista, las reflexiones y experiencias cobran una mayor intensidad en la medida que se incrementa la crisis de legitimidad de las instituciones en la democracia representativa, instalando la discusión sobre composición y elección de del órgano constituyente que pasa a convivir con el legislativo.

En ocasiones la agenda de cambios de gobiernos emergentes puede generar órganos constituyentes que tensionen las atribuciones legislativas del Congreso. La experiencia más paradigmática es la de Venezuela[56], donde la entrega de iniciativa para activar los procesos constituyentes sin una mayoría parlamentaria que avale este proceso

---

[55] R. Gargarella, «El «plebiscito de salida» como error constituyente», en *IACL-AIDC Blog*, 6 de Septiembre de 2022, en *https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/9/6/plebiscito-salida-error-constituyente*

[56] A. Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*, Caracas/New York, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, en *http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/BREWER-CARIAS-LA-INCONSTITUCIONAL-CONVOCATORIA-AN-CONSTITUYENTE-JUNIO-2017-FINAL.pdf* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

provocó que el órgano constituyente terminara erosionando las atribuciones parlamentarias.

No obstante, la experiencia comparada nos muestra que las convenciones constituyentes también pueden actuar como contrapoder de los parlamentos, partidos políticos e incluso del propio gobierno de turno.

Países con tradiciones constitucionales tan disimiles como Islandia y Chile, han coincido en innovar en procedimiento participativos, poniendo en tensión su manera de hacer política y deliberar. Nuestra impresión es que la búsqueda por atraer la atención del mundo independiente, del ciudadano a pie, no puede elaborarse en oposición o distancia del parlamento y los partidos políticos. La fallida experiencia islandesa y la chilena tienen ese común punto de encuentro.

Dotar a parlamento de mecanismo participativos, que enriquezcan el proceso de formación de la ley y reforma constitucional, parece ser una buena manera de enfrentar esta distancia entre la ciudadanía y los parlamentos. La experiencia irlandesa nos parece que es un buen ejemplo en este sentido. El tiempo dirá si esta formulas permite prolongar los tiempos de sobrevida de los textos constitucionales o los procesos de reemplazos son una fórmula que debería regularse en los textos constitucionales como lo establecen constitucionalismo latinoamericano.

En definitiva, la emergente presencia de mecanismos de reemplazo constitucionales debe mirarse desde la lógica de la separación de poderes y contrapeso entre los distintos órganos que contempla cada constitución. La experiencia chilena puede ser vista justamente como el intento más sistemático en este sentido, donde se identificaron limites materia y controles jurídicos para que el órgano constituyente se circunscriba a la tarea que le fue encomendada.

4. BIBLIOGRAFÍA

Arato, A., «Forms of Constitution Making and Theories of Democracy», *Cardozo Law Review,* 17, 1995, pp. 191-231.

Arato, A., *Post Sovereign Constitutional Making: Learning and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Bejarano, A. y Segura, R., «Constituent Assemblies and Democracy: A Critical Reading of the New Constitutionalism in the Andes», *Colombia Internacional*, 79, 2013.

Bergmann, E., «Participatory Constitutional Deliberation in the Wake of Crisis: The Case of Iceland», en M. Reuchamps y J. Suiter (eds.), *Constitutional Deliberative Democracy in Europe*, Londres, ECPR Press, 2016.

Böckenförde, E.W., *Estudio sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

Brewer-Carías, A., *La inconstitucional convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*, Caracas/New York, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, en *http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/BREWER-CARIAS-LA-INCONSTITUCIONAL-CONVOCATORIA-AN-CONSTITUYENTE-JUNIO-2017-FINAL.pdf* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

Camarillo, M. J., «Asamblea Nacional Constituyente 2017: ¿Mutación al legislativo, dictadura constitucional o solución necesaria para un nuevo pacto social que garantice el orden público? », en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, vol. xii, núm. 2 julio – diciembre, 2018, pp. 45-50; A. Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*, Caracas/New York, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2017, en *http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/BREWER-CARIAS-LA-INCONSTITUCIONAL-CONVOCATORIA-AN-CONSTITUYENTE-JUNIO-2017-FINAL.pdf* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM; 1998, pp. 1217-1220.

Colón-Ríos, J., *Constituent Power and the Law*, Oxford: University Press, 2020.

— «Plebiscitos de Salida y Democracia», en *IACL-AIDC Blog*, 20 de Septiembre de 2022, en *https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/9/20/plebiscitos-de-salida-y-democracia*

Corvalán A. y F. Soto, F., *Tendencias Constitucionales: Experiencias comparadas y lecciones para Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2021.

De la Fuente Jeria, J. «El difícil parto de otra democracia: la Asamblea Constituyente de Bolivia», *Latin American Research Review*, 45, 2010, pp. 5-26.

Elkins, Z., Ginsburg, T. y Melton, J., «A Review of Iceland's Draft Constitution», *The Comparative Constitutions Project*, 2012, en: *http://comparativeconstitutionsproject.org/wp-content/uploads/CCP-Iceland-Report.pdf?6c8912* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

Encuesta CEP, *Estudio Nacional de Opinión Pública núm. 85*, Agosto 2021, en *https://www.cepchile.cl/encuesta/estudio-nacional-de-opinion-publica-n85-agosto-2021/* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

Encuesta Plaza Pública CADEM, Santiago, primera semana de abril 2022, en *https://cadem.cl/wp-content/uploads/2022/04/Plaza-Publica-430-Semantiene-diferencia-en-favor-del-rechazo-44-2pts-en-el-plebiscito-de-salida-vs-39-1pt-que-votaria-apruebo.pdf* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).

Farrell, D., Harris, C. y Suiter, J., «Bringing People into the heart of constitutional design», en X. Contiades y A. Fotiadou (eds.), *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, Oxon, Routledge, 2017.

Figueroa, P., «Históricas: Nada sin nosotras, Paridad y Nueva Constitución: El caso de Chile», en *Revista Culturas Jurídicas*, Río de Janeiro, vol. 8, 2021.

Fioravanti, M., *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

Gargarella, R., «El «plebiscito de salida» como error constituyente», en *IACL-AIDC Blog*, 6 de Septiembre de 2022, en: *https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/9/6/plebiscito-salida-error-constituyente*

Gómez Bernales, G., «Revisión y crítica al proceso constitucional chileno», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 23, 2022.

González Cadena, D., «Lecciones desde Islandia: poder constituyente y hegemonía», en R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Gylfason, T., «From Collapse to Constitution: The Case of Iceland», en L. Paganetto (ed.), *Public Debt, Global Governance and Economic Dynamism*, Berlin, Springer, 2013, en *https://doi.org/10.1007/978-88-470-5331-1_22* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

Heiss, C., «Latin America Erupts: Re-founding Chile», en *Journal of Democracy*, vol. 32, núm. 3, July 2021.

Hennen, L., Van Keulen, I., Korthagen, I., Aichholzer, G., Lindner, R., Ojvind Nielsen R., (eds.), *European E-Democracy in Practice*, Switzerland, Springer, 2020.

Jiménez Martín, C., «Momentos, escenarios y sujetos de la producción constituyente. Aproximaciones críticas al proceso constitucional de los noventa», en *Análisis Político*, 19 (58), 2006, pp. 132-56, en *https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/46266* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

Latinobarómetro, 2018 en *https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

Lazarte, J., «Reforma electoral en Bolivia», en D. Zovatto y J. Orozco Henríquez, (coords.), *Reformas políticas y electorales en América Latina 1978-2007*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma, IDEA Internacional e Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 418, 2008, pp. 265-314.

Massüger, N., y Welp, Y., «Legality and Legitimacy. Constituent power in Venezuela, Bolivia and Ecuador», en F. Méndez y J. Wheatley (eds.), *Constitution-Making and Popular Participation*, Farnham, Ashgate, 2013.

Mateucci, N., *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.

Mercier, A., «Le Référendum d'initiative populaire: un traitmé connu du génie de Condorcet», Presses Universitaires de France, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 55, 2003, pp. 483-512.

Meuwese, A., «Popular constitution-making: The case of Iceland», en D. Galligan y M. Versteeg (eds.), *The social and political foundations of constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 469-496.

Negretto, G., (ed.), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2020.

Negretto G. y Soto Barrientos F., «¿Cómo se debe regular un proceso constituyente democrático? Reflexiones a partir de la experiencia chilena», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 163, 2023, en *https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2022.163.17494* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).

Nogueira, H., «El camino hacia una nueva constitución», en *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, 46, 2020, pp. 433-456.

Ortiz Lemos, A., *La sociedad civil ecuatoriana en el laberinto de la revolución ciudadana*, Quito, FLACSO, 2013.
Pisarello, G., «Democracia y proceso constituyente: el regreso de un vínculo», en R. Martínez Dalmau (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 31-66.
Quintana, J., *Sírvase conectar: crónica de los acuerdos y desacuerdo desde el estallido social a la pandemia*, Santiago, Editorial Catalonia, 2020.
Secretaría de Participación Popular, *Incidencia de las Iniciativas Populares de Norma en el borrador de la Nueva Constitución*, Cuarto Informe de Incidencia, Santiago, Convención Constitucional, 26 de mayo de 2022, p. 5.
Segovia, M., y Toro, P., «Los cuatro días clave que llevaron al Rechazo al tope de las encuestas y los cinco meses de campaña para mantener esa ventaja», en *Ciper Chile*, 5 de septiembre de 2022, en *https://www.ciperchile.cl/2022/09/05/los-cuatro-dias-clave-que-llevaron-al-rechazo-al-tope-de-las-encuestas-y-los-cinco-meses-de-campana-para-mantener-esa-ventaja/* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).
Seijas, E., «Ciudadanos y constituciones la participación popular en el proyecto de reforma de la constitución según la Convención Constitucional Irlandesa», en J. M. Castellà Andreu, (coord.), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional: ¿Quién y cómo participa?*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 123-148.
Servicio Electoral de Chile, en *https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=10* (última consulta realizada el 22 de agosto de 2023).
Sieyès, E., «¿Qué es el estado llano?», en D. Pantoja, (comp.), *Escritos Políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
Soto Barrientos, F., *El desafío de la participación*, Santiago, LOM Ediciones, 2013.
Soto, F., y Welp, Y., *Diálogos Ciudadanos: Chile ante el giro deliberativo*, Santiago, LOM ediciones, 2017.
Soto Barrientos, F., «Asamblea Constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile», Talca, Revista Estudios Constitucionales, año 12, núm. 1, 2014, pp. 397-428.
Soto Barrientos, F., «La democracia como forma de Estado: Análisis de los mecanismos de Participación directa en la Constitución Suiza», Talca, Revista de Estudios Constitucionales, año 10, núm. 1, 2012, pp. 373-402.
Tarrow, S., *El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Editorial Alianza, 1997.
The Carter Center, *Informe Final sobre el Referéndum Constitucional Aprobatorio de Ecuador del 28 de septiembre de 2008*, en *https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/election_reports/ecuador-referendum-report08.pdf* (última consulta realizada el 21 de agosto de 2023).
Welp Y., y Soto, F., «Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales», Madrid, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 50, julio, 2019, pp.13-41.
Zúñiga Urbina, F. y Alvarado Parra, E., *Nueva Constitución y Política Constitucional*, Santiago, Thomson Reuters, 2021.

CAPÍTULO IX

EL REY NO GOBIERNA, PERO REINA. EL «PODER» DE LA *AUCTORITAS* REGIA[1]

Enriqueta Expósito
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

La recepción constitucional de la monarquía no ha estado exenta de controversias. Desde una perspectiva histórica, el papel desempeñado por el rey en la transición justificó su inclusión en el diseño del ejercicio democrático del poder contemplado por los constituyentes, con una importante contrapartida: la privación de poderes. Se posibilitó, además, una mutación en la naturaleza de la institución: se pasaba de una monarquía limitada (en la legalidad franquista) a una monarquía parlamentaria con legitimidad democrática. Y es que su regulación constitucional la vincula a la soberanía popular de la que emanan sus poderes (art. 1.2 CE), a la vez que culmina un proceso de racionalización con la juridificación de todos ellos en la propia Constitución, en especial en el Título II CE. Precisamente es el parlamentarismo lo que define la forma de gobierno acogida en el art. 1.3 CE: la monarquía únicamente designa la naturaleza no electiva del Jefe del Estado. La entrada en vigor de la Constitución, no solo acomodaba esta secular institución al funcionamiento democrático del Estado, sino que, además, pretendía

[1] Utilizo como título de este trabajo el juego de palabras realizado por M. Jiménez de Parga respecto del clásico aforismo A. Thiers.

dar por concluido un debate que tenía como centro de atención la figura del rey, especialmente cuestionada por los orígenes franquistas de su proclamación. La Constitución sella el círculo de legitimidades referidas a la Corona circunscribiéndolas a la democrática, pero también a la histórica/dinástica como así evidencia el art. 57.1 CE en el que se reconoce que «La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica». Pero, sin embargo, no llegó a cerrar el debate en relación con los poderes del rey[2]. Este ha estado latente a lo largo de todos estos años en relación con el contenido de arbitraje y la moderación regios y se ha vuelto a manifestar en relación con el mensaje que el rey dirigió a la ciudadanía, en octubre de 2017, en pleno proceso secesionista catalán.

En la actualidad, además, esta vieja discusión ha venido acompañada con una manifiesta revivificación del cuestionamiento de la institución, retomando, de forma sesgada, no solo el debate sobre su legitimidad o la ausencia de la misma, también el rol que asumió en la Transición política (1975-1977), proceso que es, igualmente, objeto de una interesada revisión desde algunos postulados ideológicos, presentes en las Cortes Generales y en las asambleas de algunas Comunidades autónomas. En alguna de ellas, concretamente en Cataluña, las objeciones a la monarquía, en general, y al rey en particular, han fundamentado algunas iniciativas destinadas a reivindicar la «abolición de una institución caduca y antidemocrática»[3]. Precisamente en la resolución de la impugnación planteada por el gobierno, el Tribunal Constitución afirmó que «la monarquía parlamentaria deriva directamente de la Constitución, es configurada por ella y ha nacido del poder democrático del constituyente. El proceso constituyente fue fruto de un cambio político pactado y la monarquía debe su reconocimiento al consenso que integró posiciones políticas en una Constitución, donde la Corona fue una parte sustancial de ese pacto […] La legitimación de ese modelo de Estado se debe a la aprobación del texto constitucional por parte de las Cortes Generales, así como del referéndum que la ratificó, dando aceptación a la monarquía». De esta manera, para el Alto Tribunal, «La legitimidad de la monarquía trae causa de la Constitución» (STC 98/2019, FJ 3*a*).

Situándonos en un plano estrictamente constitucional, el rey es el titular de un órgano del Estado: su Jefatura. Asume una posición separada del resto de órganos o instituciones del Estado, no identificándose con ninguno de estos y con una entidad diferenciada respecto de todos ellos, al que la Constitución le asigna funciones propias.

---

[2] Expresamente, A. Cidoncha Martín, *Neutralidad y Jefatura del Estado*, Barcelona, Bosch Ed., 2023, p. 140.

[3] Cita literal contenida en la Resolución 92/XII del Parlamento de Cataluña, de 11 de octubre de 2018, sobre la «priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia».

El monarca parlamentario es, además, un rey desprovisto de poderes efectivos: pierde toda su *potestas*, pero mantiene su *auctoritas*. En palabras de M. Aragón[4]: el monarca no es soberano, lo es el pueblo; no gobierna, esta función es desempeñada por un Gobierno con la única confianza del Parlamento; y no legisla, lo hace el Parlamento. Como advirtiera A. Thiers en el primer tercio del siglo XIX, el rey reina, pero no gobierna. Solo configurada en estos términos, la secular institución monárquica se acomoda a la democracia, haciéndose compatible con los principios que la fundamentan.

Ahora bien, que, en el contexto de una monarquía parlamentaria, el rey haya perdido toda su *potestas*, no lo condena a ser un símbolo ni una figura meramente ornamental en la ordenación constitucional del Estado. Y el rol que se le asigna dista mucho de ser relegado a un elemento orgánico dentro del contrapeso de poderes de este mismo Estado[5]. La posición diferenciada que constitucionalmente se asigna a la Corona, no convierte a su titular en un órgano aislado, extraño en la arquitectura institucional ni ajeno a las funciones que estos otros órganos están llamados a desempeñar: el rey se relaciona con todos ellos y proyecta sus funciones en su órbita decisional. Esta concepción de la Corona como un órgano accesorio es tributaria del afán por resaltar solo una parte de la compleja fórmula que determina el significado de la monarquía en una democracia parlamentaria: la pérdida de *potestas* y, por ende, de la capacidad de gobernar. Deja de lado, sin embargo, el otro componente de la misma fórmula: el rey reina, aunque no gobierne. O, parafraseando a M. Jiménez de Parga[6]: el rey no gobierna, pero reina. Se plantea, de esta manera, otro interrogante referido al significado y alcance de esta acción que sí es cometido del monarca parlamentario: reinar. Es la propia Constitución la que concreta este alcance a través de la asignación de una serie de funciones en cuyo desempeño va a cobrar toda operatividad la *auctoritas* regia. Por esta razón, lejos de ser una acción secundaria que acentúa la falta de poderes regios, en ocasiones, según el momento y las circunstancias, puede ser tan o más decisiva que las potestades «de gobierno», en sentido estricto[7].

Una vez delimitado el contexto, el presente trabajo pretende abordar las principales cuestiones que se plantea en torno al rol que constitucionalmente está llamado a desempeñar el rey. En primer lugar, me centraré en examinar cómo la falta de *potestas* no convierte al Jefe del Estado en un mero adorno: la Constitución le encomienda una serie de

---

[4] M. Aragón Reyes, *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución Española*, Madrid, Civitas, 1990, p. 95.

[5] M.. García Canales, *La monarquía parlamentaria española*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 35.

[6] M. Jiménez De Parga, *Las Monarquías europeas en el horizonte español*, Madrid, Tecnos, 1966.

[7] Literalmente, M. Jiménez De Parga, «La Corona», en Trujillo, G., López Guerra, L. y González-Trevijano, P. (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, 2000, p. 310.

funciones que solo a él le corresponde actuar desde una posición de neutralidad. Y es desde esta posición que el rey no puede ser considerado como un actor político: su naturaleza no electiva y la ausencia de *potestas* le ofrece una posición institucional apartada del juego político y de los intereses partidistas que lo ordenan. Seguidamente trataré el ejercicio de la *auctoritas* en el desempeño de sus funciones, en especial, en la de arbitraje y moderación. En este concreto apartado me detengo en el análisis de la defensa del orden constitucional por parte del Jefe del Estado, una conducta que, lejos de ser una opción o la manifestación de poderes implícitos o de reserva, constituye un deber regio inherente al desempeño de sus funciones. Finaliza este trabajo con unas breves consideraciones valorativas, a modo de conclusiones.

2. UN ÓRGANO SIN *POTESTAS*: EL REY NO GOBIERNA

Una de las cuestiones más debatida en la recepción constitucional de la institución monárquica fue la de los efectivos poderes que se atribuirían a su titular. Finalmente, el consenso se alcanza acogiendo en la Constitución, de forma expresa, la monarquía parlamentaria, despojando al monarca de todos los poderes efectivos que gozaba en otras épocas históricas, alguna de ellas no tan lejana. En efecto, cuando el Rey Juan Carlos I accede a la Jefatura del Estado en noviembre de 1975 la asume con los mismos poderes que la legislación franquista le confería al dictador fallecido: se convirtió en un monarca limitado, pero con poderes efectivos que ejerció durante la Transición. La defensa a ultranza de la ausencia de poderes estaba justificada en un momento histórico en el que el rey pasaba de tenerlos de forma efectiva —cuando asume la Jefatura del Estado a la muerte del dictador— a otro en el que no se le atribuía ninguno.

Por otra parte, la legitimidad democrática que la Constitución confiere a la monarquía tiene como contrapartida la pérdida de toda potestas, por ser un órgano cuyo titular no tiene carácter electivo[8]. Tampoco el Jefe del Estado se somete a ningún proceso de designación por parte de algún órgano que ostente tal legitimidad. Por esta razón, el rey no ejerce poder alguno que pueda comprometer jurídicamente al Estado o a la actuación de otros órganos constitucionales. En ninguno de los preceptos del Título II CE se acoge el concepto de «poder» o «potestad» en relación con las funciones o atribuciones del Jefe del Estado. Ni el art. 56 CE, ni los arts. 62 y 63 CE, aluden a «poderes del rey» sino a «fun-

[8] Cuando es un monarca, la atribución de potestas no es un problema de neutralidad, es un problema de legitimidad, de compatibilidad con la democracia. *Vid*. A. Cidoncha, «Neutralidad y Jefatura del Estado», en Gavara, J.C. y De Miguel, J. (eds.), *Poder, Constitución y neutralidad,* Barcelona, Bosch, 2023, p. 151.

ciones» o a concretas competencias regias encabezándolas con la neutra expresión «corresponde al rey». Sin embargo, ambos términos, poder y potestad, sí se explicitan en relación a otros órganos constitucionales ya sea referidos al ámbito de sus funciones, de este modo las Cortes Generales ejercen «la potestad legislativa» (art. 66 CE) y el Gobierno ejerce la función ejecutiva y la «potestad reglamentaria» (art. 97 CE), ya sea incorporándolo en la misma definición constitucional del órgano: «Poder judicial» (Título VI CE). El poder, y, por tanto, la capacidad de adoptar decisiones vinculantes para el Estado dotadas de eficacia jurídica, solo va referido al resto de instituciones.

No obstante, esta ausencia de poderes no convierte al rey en una pieza superflua ni decorativa en el diseño institucional que acoge la Constitución de 1978[9] y, por ende, inútil[10]. Asume la Jefatura del Estado y, en su desempeño, se le asignan una serie de funciones que solo a él corresponden en tanto que titular del órgano constitucional. Son, por tanto, funciones propias del órgano constitucional de la Jefatura del Estado y no residuales o atribuibles al monarca por no ser encomendadas a ningún otro órgano de forma preferente o no por no ser desempeñadas por su titular originario. Y su ejercicio está regido por la neutralidad, atributo que define la posición del Jefe del Estado en el conjunto institucional.

2.1. Las funciones del rey

Las funciones que la Constitución, en su art. 56, asigna al rey se proyectan en dos ámbitos: en el Estado y en el conjunto de instituciones y órganos que lo integran. Respecto del Estado, al rey se le encomienda simbolizar su unidad (espacial) y permanencia (en el tiempo), además de representarlo en las relaciones internacionales. Y respecto de las instituciones, al rey corresponde arbitrar y moderar su funcionamiento regular. Son en todo caso funciones que definen la institución y justifican su posición *supra* partes en el sistema institucional que dibuja la Constitución.

La afirmación anterior es del todo evidente en relación con la función de símbolo de la unidad y permanencia del Estado y de representación en las relaciones internacionales. Más que un cometido del rey, es una cualidad consustancial a la propia institución de la Jefatura del Estado: su nota distintiva, refiriéndose más a lo que es un Jefe de Estado que a

[9] Una posición contraria la mantiene J. Oliver Araujo, *Cuarenta años de Monarquía en España, 1975-2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 57-58 y 61.

[10] Concebir la Jefatura del Estado como un órgano meramente simbólico, la reduce, como afirma E. García, a una «instancia decorativa o ceremonial cuya insuperable in-sustantividad termina abocando a una extinción forzosa». *Vid*. E. García, «El Rey en la Constitución de 1978: el cometido de la monarquía en una democracia con pretensión de veracidad», *Revista de Derecho Político*, 105, 2019, p. 24.

lo que hace[11]. Esta es, como se ha señalado, una función que la Constitución proyecta en el Estado en su conjunto, incluyendo a sus unidades territoriales. No en vano la Constitución atribuye al presidente de la Comunidad autónoma la representación ordinaria del Estado en la Comunidad autónoma y en su ejercicio, promulga las leyes autonómicas en nombre del rey y ordena su publicación en los boletines oficiales correspondientes, además de mandar la publicación en el boletín oficial de la Comunidad autónoma el nombramiento del presidente del Tribunal superior de esa Comunidad autónoma. El rey no está llamado a simbolizar ni la unidad ni permanencia del sujeto soberano, así como tampoco lo representa: solo a las Cortes Generales se le encomienda constitucionalmente esta función, *ex* art. 66 CE. Pero la función regia de simbolizar no solo está constitucionalmente referida a la unidad del Estado, también afecta su permanencia. El rey simboliza la continuidad de la institución estatal por encima del pluralismo y las diferentes opciones sociopolíticas cambiantes en el ámbito de ese Estado y expresadas en el seno de sus instituciones y órganos. De ahí su neutralidad como «poder» del Estado. Esta permanencia viene, además, reforzada por la misma forma de la Jefatura del Estado monárquica ya que los principios de sucesión automática que rigen este órgano constitucional permiten asegurar, en todo caso, su continuidad[12]. La unidad y permanencia del Estado que atañe simbolizar al rey engloba también sus valores y los principios en los que se asienta y proclama[13].

Al margen de la función de simbolizar y representar al Estado, la Constitución también refiere al rey la de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de sus instituciones. Esta es una función que, como la anterior, se justifica desde el rol que asume la jefatura del Estado al margen de los poderes del Estado. Y es una función cuyo contenido permite alejar al Jefe del Estado de su consideración como una figura meramente simbólica[14].

Es cierto que esta es la función del Jefe del Estado cuya formulación encierra un elevado grado de ambigüedad. Una interpretación literal nos llevaría a reconocer una efectiva capacidad decisoria del monarca

---

[11] G. Rollnert Liern, «El rey símbolo de la unidad y permanencia del Estado», en Villanueva Turnes, A. (coord.), *40 años de Monarquía parlamentaria*, Madrid, Colex, 2019, p. 21 y J. Tajadura, «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», en J. Tajadura (dir.), *La Jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI,* Sevilla, Athenaica, 2022, p. 31.

[12] En este sentido, A. Menéndez Reixach, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1979, p. 436.

[13] G. Rollnert Liern, «El rey símbolo de la unidad y permanencia del Estado», *op. cit*., pp. 18 y 19 y J. Tajadura, «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., pp. 37-37. Concretamente, para J. Tajadura la expresión y representación simbólica «de los valores constitucionales y los fundamentos de legitimidad del sistema es una función que corresponde a la Jefatura del Estado», con independencia de su carácter monárquico o republicano, a diferencia de los Parlamentos que constituyen la «expresión del pluralismo político y social y el principio de la mayoría» (p. 38).

[14] A. Cidoncha, «Neutralidad y Jefatura del Estado», *op. cit*., pp. 158-159 y 172.

en su actuación ya sea decidiendo entre varias opciones o procediendo libremente, en el caso del arbitraje, ya sea interviniendo en supuestos de abusos o de uso excesivo de poder por parte de los demás órganos del Estado, en el caso de la moderación. Lejos de asumir este alcance, las acciones de arbitrar o moderar cuando definen la función del rey se separan de su significado habitual. Cuando va referida a la jefatura de Estado de un gobierno parlamentario la función de arbitraje y moderación está despojada de cualquier poder efectivo para resolver conflictos, conciliar posiciones o decidir en un sentido u otro de una disputa. De su formulación constitucional, por tanto, no se deriva el reconocimiento de poderes implícitos, ni de reserva, ni prerrogativas, así como tampoco supone una reserva de poder[15] que permita al rey asumir ningún tipo de poder, ni siquiera extraordinario, en momentos de crisis del Estado o institucional. Lo que no significa que el rey no tenga ningún margen de maniobra en estas situaciones, como así se ha demostrado en dos ocasiones, en 1981 y 2017, a las que haré referencia en apartados siguientes.

La referencia a las funciones del rey en el art. 56 CE se completa con una enumeración de actos, de competencia regia, en los arts. 62 y 63 CE, además del art. 152.1 CE. Son todos ellos atribuciones que no determinan por sí mismas una esfera de actuación regia distinta de las funciones encomendadas al Jefe del Estado, sino que integran y concretan su contenido indicando, de forma tasada, qué actos deberá realizar necesariamente el rey para su cumplimiento. Y solo cuando se lleva a cabo alguno de estos cometidos, el desempeño de las funciones del rey genera efectos jurídicos, razón por la cual deben ir acompañados del refrendo (art. 56.3 CE), salvaguardándose, de esta manera, la no responsabilidad que se predica del Jefe del Estado. No responsabilidad que se justifica en la falta de capacidad para decidir: en ninguno de los supuestos que los provocan es determinante la voluntad del Jefe del Estado. A través de todos ellos, el rey formaliza «actos derivados de una propuesta, o una actividad anterior, de órganos muy diversos como pueden ser el Congreso, el Senado, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial o los órganos de las Comunidades Autónomas» (STC 5/1987, FJ 3). No son, por tanto, actos autónomos del rey. Y solo es en este sentido que puede afirmarse que el rey ejerce poderes jurídicos formales[16] que, en ningún caso, son expresión de su voluntad. Son actos declarativos[17] que manifiestan la voluntad del Estado para dotarla de la firmeza, solemnidad y

[15] Juegos de palabras que utiliza A. Torres Del Moral, «La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español», en P. Lucas Verdú (ed.), *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 64.

[16] F. De Carreras Serra, «Tres notas sobre la Monarquía parlamentaria», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. I, Madrid, CEPC, 2002, p. 895

[17] J. J., Solozábal Echavarría, *La sanción y promulgación de las leyes en la Monarquía Parlamentaria*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 55-60.

generalidad con la finalidad de presentar estos actos como unitarios de todo el Estado, aun cuando en su origen sean decisiones exclusivas de un solo órgano. Y son, en todo caso, poderes tasados, además de debidos, que la Constitución asigna a la Corona, en tanto que órgano constituido. Desaparece, de esta manera, cualquier recelo a una hipotética atribución residual de poderes al rey, característico de los periodos de monarquía limitada o constitucional, quebrándose cualquier signo que pueda avalar la primacía del principio monárquico[18] sobre el principio democrático.

2.2. La neutralidad de la Corona

La neutralidad constituye un elemento distintivo de la naturaleza de la jefatura del Estado y de la actitud en el desempeño por parte de su titular en nuestro sistema parlamentario[19]. Respecto del resto de poderes —dejando a un lado el Gobierno y las Cortes cuya naturaleza política se proyecta también a todos sus actos— se predican cualidades distintas que afectan al ejercicio de las funciones que están llamados a desempeñar. La Administración pública «sirve con objetividad los intereses generales» (art. 103 CE); los jueces y magistrados deben desempeñar la función jurisdiccional de forma imparcial[20] y los magistrados del Tribunal Constitucional someten el ejercicio de su función a los «principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma»[21].

De ahí que la posición neutral y la neutralidad con la que el rey desempeña sus funciones, lejos de constituir una opción del titular de la Corona, son exigencias que se derivan de la regulación constitucional de la jefatura del Estado: en especial, de la ausencia de poderes y de la naturaleza no electiva del órgano. La carencia de poderes efectivos no se justifica en la neutralidad del monarca, sino en la legitimidad de la institución monárquica en una democracia constitucional. Pero sí que estar deprovisto de facultades de decisión refuerza la neutralidad de la

---

[18] M. García Canales, *La monarquía parlamentaria española*, *op. cit*., pp. 30-31; J. J. Solozábal Echavarría, *La sanción y promulgación de las leyes en la Monarquía Parlamentaria*, *op. cit*., p. 79.

[19] Para J. De Miguel es preferible «apelar a la neutralidad del rey como un estatus […] y a la imparcialidad como una cualidad de quien no manifiesta preferencia por ninguna de las partes»; *vid*. su trabajo sobre «La Corona en España», en J. Tajadura (dir.), *La Jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI*, *op. cit*., p.119.

[20] Así lo exige la Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), estableciendo mecanismos de abstención y recusación cuando esta se vea comprometida. También la imparcialidad integra la promesa o juramento que deben realizar antes de tomar posesión de su primer destino: «Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos» (art. 318 LOPJ). La imparcialidad también se exige a los letrados de la Administración de Justicia (art. 452 LOPJ) y, en general, a todos los funcionarios de esa administración en tanto que administración pública deben «Ejercer sus tareas, funciones o cargo con lealtad e imparcialidad y servir con objetividad los intereses generales» (art. 457b LOPJ).

[21] Art. 22 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

figura del rey y de la posición que asume, separado del resto de poderes y, por tanto, «ajeno a las pasiones e intereses» presentes en estos[22]. Pero es, sobre todo, la naturaleza no electiva de nuestra Jefatura de Estado, a diferencia de otras jefaturas de Estado en sistemas parlamentarios, la que refuerza esta neutralidad[23]: su acceso al cargo no va a depender ni de filiaciones ni de afinidades partidistas o políticas que puedan comprometer la credibilidad de su labor[24]. A pesar de no ser un acto de elección propiamente dicho, la designación parlamentaria del Jefe de Estado puede entrañar alguna dificultad a la hora del desempeño neutral de sus funciones, salvo que se exijan mayorías reforzadas y un amplio consenso[25] (caso de Italia).

Contextualizada en los términos anteriores, la neutralidad se predica, esencialmente, de las ideologías políticas y partidistas que integran los órganos de decisión del Estado (Cortes y Gobierno, en todos sus niveles territoriales de gobierno), así como de las posiciones que puedan asumir sus principales actores, en especial, los partidos políticos. Ser neutral implica no tomar parte por ninguna de las opciones en juego o en conflicto. El rey no hace política, porque esta queda reservada «a los que, según la idea de legitimidad democrática, expresaban la voluntad popular ordenada en la forma de Estado de partidos»[26]. De este modo, desde un punto de vista orgánico, el Jefe de Estado se sitúa «por encima y más allá de los planteamientos y concretas iniciativas de las formaciones políticas» (STC 98/2019, FJ 3*a*). Y desde una perspectiva funcional, sus actuaciones no interfieran en el terreno de la dirección y decisión políticas.

No obstante, la neutralidad que se predica de la Jefatura del Estado no impide que el rey pueda tomar partido, pero no por ninguna ideología presente en el juego político, sino por la Constitución y el orden por ella establecido. El rey no es un actor político. Ahora bien, esta consideración no implica que no pueda ser considerado como un actor constitucional. En este sentido, la neutralidad que se predica del rey no impide llevar a cabo «política constitucional» ni intervenir en la «dirección constitucional» del Estado. Para E. García, el rey «no está neutralizado para hacer política constitucional, sino que debe ser neutral para llegar a hacerla». Y para ello debe propiciar y favore-

---

[22] P. De Vega, «El poder moderador», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 116, 2002, p.16

[23] E. García, «El Rey en la Constitución de 1978: el cometido de la monarquía en una democracia con pretensión de veracidad», *op. cit*., pp. 50-51.

[24] A. Cidoncha, «Neutralidad y Jefatura del Estado», *op. cit*., pp. 183 y 256. En un sentido muy similar, J. Tajadura, quien, además, considera que, a diferencia de un sistema presidencialista, la elección popular del Jefe del Estado en un sistema parlamentario puede contribuir a desvirtuar su lógica y funcionamiento originando un sistema semipresidencial como en Francia; en J. Tajadura, «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., pp. 28-29.

[25] *Ibid.*, pp. 23-24.

[26] E. García, «El Rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del artículo 56.1 de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 2014, p. 298.

cer «la consecución del consenso […] en la forma prestablecida por la Constitución y las leyes, es decir, trasladando escrupulosamente sobre los partidos todas las cuestiones que tengan un tinte político determinado»[27]. J. Tajadura acoge la distinción entre «dirección política» que se atribuye al gobierno y «dirección constitucional» que corresponde al Jefe del Estado y que le capacita «para salvaguardar los valores constitucionales y garantizar el correcto funcionamiento del sistema institucional»[28]. Si no fuera así, deberíamos concluir en que «la neutralidad política del monarca es en realidad una neutralización que le otorga una suerte de venia constitucional para permanecer, ciego, sordo y mudo ante lo que pueda pasar, independientemente de que se encuentre ante un simulacro que pueda llegar a implicar la aniquilación no ya de la monarquía, sino de la Constitución y de su misma fuente originaria, la propia democracia»[29]. En definitiva, la neutralidad que se predica del rey no lo convierte en una figura neutralizada, que haya de mantenerse indiferente e impasible a cualquier ataque que pueda poner en peligro el orden constitucional y los pilares en los que se asienta nuestra democracia constitucional[30]. Y, como veremos, a este propósito obedecieron las dos actuaciones del Jefe del Estado en momentos críticos, por diversas razones, para la democracia constitucional: el 23 de febrero de 1981 y el 3 de octubre de 2017.

3. EL REY REINA: LA *AUCTORITAS* REGIA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA FUNCIÓN DE ARBITRAJE Y MODERACIÓN

La falta de *potestas* no permite identificar a la Jefatura del Estado como un órgano huero, relegado a un mero papel de símbolo. Esta es una imagen que viene abonada por una asimilación entre funciones (art. 56 CE) y atribuciones regias (arts. 62 y 63 CE). Solo en relación con

---

[27] E. García, «El Rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del artículo 56.1 de la Constitución», *op. cit*., citas literales de pp. 308 y 309, respectivamente. A la posibilidad de hacer política constitucional señalando los riesgos que, de ella se desprenderían para el monarca, también se refiere V.J., Vázquez, «Repudio sucesorio y utilitarismo regio. Acotaciones sobre la legitimidad en ejercicio de Felipe VI», en V. J. Vázquez y S, Martín (coords.), *El Rey como problema constitucional. Historia y actualidad de una controversia jurídica. Un homenaje a Javier Pérez Royo*, Cízur Menor, Aranzadi, 2021, p. 515.

[28] J. Tajadura Tejada, «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., pp. 21 y 83.

[29] E. García, «El Rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del artículo 56.1 de la Constitución», *op. cit*., p. 309 y en «El Rey en la Constitución de 1978: el cometido de la monarquía en una democracia con pretensión de veracidad», *op. cit*., p. 47.

[30] Además de E. García en los trabajos citados *supra*, se ha pronunciado sobre este tema J. Tajadura en «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., pp. 78 y 81-82 y J. Tajadura, «La legitimidad funcional de la Corona como Magistratura de *auctoritas* basada en la neutralidad y la ejemplaridad», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 35, 2023, pp. 203-204.

estas últimas el rey se ve constreñido a actuar como un mero instrumento para la exteriorización de la voluntad del Estado o para la formalización solemne de decisiones que adoptan otros órganos constitucionales en el ejercicio de sus poderes, con poco o nulo margen de maniobra en su desempeño —salvo en lo referido a la propuesta de candidato en el proceso de investidura del art. 99 CE—. Constituyen auténticos deberes regios cuyo cumplimiento se ampara en el ejercicio de sus funciones.

Pero las funciones del rey no se limitan al cumplimiento de estas concretas atribuciones a las que aluden, entre otros, los arts. 62 y 63 CE. El Jefe del Estado puede llevar a cabo otras muchas acciones, muy diversas e incuantificables *a priori*, no previstas en la Constitución. Y son precisamente todas estas acciones las que dotan de contenido a la acción de reinar. Reinar no es gobernar ya que al rey no le corresponden ningunas competencias gubernamentales; pero frente a gobernar, reinar tiene una sustantividad propia: es, en palabras de A. de la Iglesia, un modo distinto de hacer[31]. Y es en las funciones del monarca donde se establece ese punto de inflexión entre la capacidad de reinar y de gobernar. De la acción de gobernar, a pesar de ser desempeñada por órganos políticos, se derivan consecuencias jurídicas; mientras que la de reinar despliega su máxima virtualidad en la esfera de lo político.

Estas actuaciones «no catalogadas» pueden derivar del ejercicio de cualquiera de sus funciones, pero sobre todo se sitúan en la órbita del arbitraje y la moderación que está llamado a desempeñar el rey en tanto que Jefe del Estado. Ya se ha indicado, que el correcto entendimiento de este cometido debe alejarse de su significado en el lenguaje coloquial, de tal manera que, referida al rey, pierde cualquier capacidad de imponer una solución en una controversia o conflicto que pudiera producirse en el funcionamiento institucional. Pero no debemos olvidar que, según el Diccionario de la Real Academia Española, un árbitro es también una persona «cuyo criterio se considera autoridad». Y sin duda alguna, refiriéndola a la Jefatura del Estado, esta es una función cuyo desempeño se vincula a la *auctoritas* que el rey sigue manteniendo de forma plena como contrapartida a la pérdida de *potestas.* La *auctoritas* no es, por tanto, una función, sino la cualidad que permite al rey intervenir en determinadas situaciones «y de que los pasos que aconseje dar se consideren los adecuados en virtud de quien los propone»[32].

La *auctoritas* regia tiene dos dimensiones. Una institucional, más estática, que se predica de la Corona como órgano. Y otra más subjetiva o individual referida a la persona del rey que va a depender del reconocimiento social y que, por tanto, es susceptible de variar, aumentando o

[31] A. De La Iglesia Chamarro, *Desafíos de la Monarquía parlamentaria*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 25.

[32] M. J. Cando Somoano, *El Rey como «símbolo de unidad y permanencia del Estado» en la Constitución española de 1978*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2004, p. 179.

disminuyendo, en función, sobre todo, del comportamiento y trayectoria del rey en las diferentes circunstancias de la vida política. La formulación del art. 56.1 CE engloba ambas perspectivas: contiene una definición de la *auctoritas* regia —desde una perspectiva más institucional— cuyo desempeño requiere de la *auctoritas* individual de la persona del rey[33]. De ahí que pueda hablarse de la existencia de dos Coronas[34]: la que se hereda (perspectiva orgánica) y la que se gana en el proceder de su titular.

La falta de concreción constitucional de estos actos, lejos de ser un hándicap para la institución, se presenta como una de sus principales ventajas. Confiere un amplio margen de discrecionalidad al monarca para decidir sobre qué acciones llevar a cabo y a través de qué instrumentos (discursos, mensajes, entrevistas, audiencias), sobre su oportunidad y conveniencia, el momento de llevarlas a cabo y cómo, con mayor o menor publicidad o discreción. Los únicos límites a esta discrecionalidad son, por un lado, el orden constitucional, que el rey debe respetar, y que se sitúen en los márgenes del arbitraje y moderación encomendados al rey: deben ser actuaciones orientadas a facilitar el funcionamiento efectivo de las instituciones del Estado, sin interferir en la en la dirección política (STC 98/2019, FJ 3*a*).

Además, solo desde la perspectiva anterior, el rey se relaciona con el resto de instituciones. Su papel para impulsar y facilitar los pactos, acuerdos y consensos que requiere el funcionamiento de una democracia parlamentaria no lo convierte en un poder de corrección de los defectos del sistema[35]. El arbitraje y la moderación regia dota de contenido a una función que está orientada a posibilitar un correcto funcionamiento del sistema, facilitando su equilibrio y armonía y evitando, en lo posible, el bloqueo en el juego institucional. Pero en su ejercicio, el rey solo puede desarrollar una actividad de animar, advertir y ser consultado, como ya teorizara en el siglo XIX, W. Bagehot. Asume, en definitiva, una función de propuesta o de iniciativa que pueden ratificar o aceptar, en su caso, los órganos a los cuales vayan dirigidas las mismas[36]. En el fondo, esta configuración responde a los postulados con los que B. Constant teorizó el poder moderador[37], pero separándolo del rol

---

[33] Así, J. M. Porras Ramírez, *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 207-208; M.J. Cando Somoano, *El Rey como «símbolo de unidad y permanencia del Estado» en la Constitución española de 1978*, *op. cit*., pp. 177-179; J. Tajadura, «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., pp. 47-48 y J. De Miguel, «La Corona en España», *op. cit*., p. 113.

[34] V. J. Vázquez, «Repudio sucesorio y utilitarismo regio. Acotaciones sobre la legitimidad en ejercicio de Felipe VI», *op. cit*., p. 513.

[35] Así, J. Tajadura Tejada, «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., p. 25.

[36] Una excelente síntesis de la interpretación del alcance de esta función la realiza A. de la Iglesia en su monografía *Desafíos de la Monarquía parlamentaria*, *op. cit*., pp. 62 y 63.

[37] Objeto de estudio en el trabajo de P. De Vega, «El poder moderador», *op. cit*., pp. 7-24. Mas recientemente, J. Tajadura, «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., pp. 50 ss.

de garante de la división de poderes y del equilibrio de los mismos[38]. El rey no constituye, por tanto, un factor de equilibrio entre los órganos decisores (legislativo y ejecutivo). El contrapeso de poderes tiene lugar a través de los mecanismos de control propios de tal sistema[39].

Y llegados a este punto, no me parece baladí recordar que si bien la falta de potestas no relega al Jefe del Estado a desempeñar un rol pasivo, sin capacidad de actuación; el reconocimiento de su *auctoritas* no lo convierte en un actor político. La *auctoritas* no confiere a quien la actúa la posibilidad de imponer actuaciones. La capacidad, entre otras, de proponer, convencer, advertir o persuadir no implica, en ningún caso, una obligación de resultado, únicamente de conducta. Por esta razón, no llevan aparejada ningún tipo de sanción para el destinatario de la acción que sigue gozando de toda la libertad que le confiere su competencia para adoptar la decisión que corresponda.

En términos generales, si la *potestas* se sitúa en un ámbito jurídico y se vincula a elementos legales, la *auctoritas* actúa al margen del Derecho[40] y tiene su fundamento en factores como prestigio, reconocimiento, confianza, credibilidad o ejemplaridad que carecen de todo anclaje normativo: la monarquía debe ser creíble y, para ello, debe ser ejemplar. Cuantas más cualidades de este tipo concite el rey en su persona, mayor será la influencia que puede desplegar y la capacidad de tener en cuenta sus consejos o advertencias.

Estas cualidades, además, acarrean la dificultad de definir naturaleza de la función de arbitraje y moderación ya que, como indica P. Lucas Verdú[41], estamos ante una función regia esencialmente funcional y difícil, por tanto, de explicar en términos estrictamente normativos o jurídicos. Esta es la razón, además, por la que el sometimiento a reglas o directrices del ejercicio de las funciones del rey es casi imposible[42]. La racionalización de la Corona por la Constitución afecta a las funciones que está llamado a desempeñar el rey, no a cómo debe proceder el monarca en su desempeño ni a través de qué instrumentos, ni por supuesto fijar sus límites. Solo el cumplimiento de las acciones del rey que generan eficacia (arts. 62, 63 y 152.1 CE por lo que se refiere al nombramiento del presidente de la Comunidad autónoma) están rodeadas de condi-

---

[38] «[…] institución imprescindible para que la división de poderes pueda cumplir su función taumatúrgica de baluarte de la libertad», en palabras de P. de Vega, «El poder moderador», *op. cit*., p. 19.

[39] *Vid.* T. Freixes Sanjuán, «La Jefatura del Estado monárquica», *Revista de Estudios Políticos*, 73, 1991, p. 90.

[40] F. De Carreras, «Tres notas sobre la Monarquía parlamentaria», *op. cit*., pp. 892-896.

[41] P. Lucas Verdú, «La Corona, elemento de la Constitución sustancial española», en P. Lucas Verdú (ed.), *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 276.

[42] En igual sentido, F. J. Díaz Revorio, «Los retos de la monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico y a su esencial legitimadora constitucional», *Parlamento y Constitución*, 16, 2014, pp. 178-179.

ciones —constitucionales y legales— a las que el rey debe someterse inexcusablemente dado el carácter debido de estas atribuciones. El resto de acciones que derivan de las funciones del monarca se basan en la *auctoritas* y el ejercicio que se haga de ella, formal y materialmente, tiene como única limitación la de situarse en el marco constitucional y ser conforme, a los valores, principios y reglas que se expresan o derivan de la Constitución. Más allá de esta exigencia el desempeño de las funciones del rey no puede ser condicionado ni restringido por el legislador[43]. En este sentido, debemos tener en cuenta que las acciones del rey vendrán motivadas por las concretas circunstancias que requieran su arbitraje y moderación y estas son imposibles de prever con antelación[44]. Son también estas circunstancias la que aconsejan llevar a cabo esta función de impulso, estímulo y advertencia de manera confidencial o reservada, en algunas ocasiones, o de forma más institucionalizada y notoria, en otras. Por otra parte, una eventual regulación legal quebraría el principio de neutralidad que deben presidir los actos del rey haciéndolos depender de la mayoría coyuntural que exigiría la aprobación de la ley. La monarquía es materia reservada a la Constitución: esta es, en palabras de E. García, la única fuente normativa de esta institución y goza de «una suerte de monopolio legislativo a este propósito»[45].

A pesar de estas significativas diferencias, el punto de encuentro entre la *potestas* de las instituciones de gobierno y la *auctoritas* regia es que ambas deben actuarse de conformidad con los principios y reglas establecidas en la Constitución. Su incumplimiento lleva aparejada, en ambos supuestos, una responsabilidad. En el caso del Monarca, esta nunca puede ser ni jurídica ni política. Desde la perspectiva jurídica, cualquier responsabilidad que pueda generarse del cumplimiento de las atribuciones del rey recae en la persona que lo refrenda. Y en el plano político tampoco se deriva ningún tipo de responsabilidad (STC 98 y 111/2019, FJ 3*c* y 5B) porque, al no tener capacidad de decisión, el rey no puede «equivocarse». La asunción de las consecuencias por parte del monarca se sitúa en otro plano, más social. Tanto la institución de la monarquía como el rey se someten al escrutinio de los ciudadanos. De esta manera, rinde cuentas a través de factores extrajurídicos que son los que refuerzan o debilitan la *auctoritas* que está llamado a des-

---

[43] Posición contraria mantiene V. J. Vázquez, «Repudio sucesorio y utilitarismo regio. Acotaciones sobre la legitimidad en ejercicio de Felipe VI», *op. cit*., pp. 517-518.

[44] También L. M. Cazorla Prieto y M. Fernández-Fontecha, *¿Una Ley de la Corona?*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021. Los autores no solo rechazan la necesidad de adoptar una ley de la Corona (pp. 16 y 17), sino que la consideran un propósito vano cuando va referida a una función —la de arbitraje y moderación— cuya naturaleza «no permite recurrir a una definición detallada de aquello en lo que se plasma» (p. 36).

[45] E. García, «Reserva de Constitución y Monarquía», *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, pp. 276-288, cita literal de p. 280. En idéntico sentido, M. Aragón, «La conservación esencial de la Monarquía parlamentaria como elemento insustituible de nuestra Constitución», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 35, 2023, pp. 20 y 23.

plegar como rey parlamentario: prestigio de su persona, credibilidad, ejemplaridad y no solo en la vida pública, también en la privada. Y es que, como afirma A. Cidoncha, «un rey ejemplar en su conducta pública (exquisitamente imparcial) y su conducta privada (exquisitamente honrada) es *conditio sine quan non* para ejercer la *auctoritas* que la Corona trae consigo y garantía de supervivencia de la institución»[46]. Si la autoridad requiere de un reconocimiento social, la pérdida de alguno de los factores en los que se fundamenta (prestigio, ejemplaridad, credibilidad, etc.) va a implicar una afectación, en negativo, de la *auctoritas* personal o, incluso, su pérdida. Pero también, esta crisis en la valoración personal del rey conllevará a un cuestionamiento de la misma institución, a diferencia del resto de instituciones del Estado respecto de la cuales cualquier crítica que se dirija a las personas que las desempeñen, puede empañar la imagen de la institución sin que se cuestione su propia existencia[47]. Cuando esto sucede, la rendición de cuentas del rey puede llevar a que abdique de la Corona[48]. Y es que, como nos indica E. García, cuando esta no viene motivada por razones físicas o psíquicas que aquejen a la persona del rey «implica perfectamente una asunción de responsabilidad por parte de un monarca que ha perdido su credibilidad y que tiene plena conciencia de lo que ello puede comportar»[49].

Cuestión distinta plantearía la activación del instituto de la inhabilitación previsto en el artículo 59 CE. Ciertamente este es un instituto que se viene a asimilar, desde la perspectiva estrictamente constitucional, cuando va referido al rey, a la incapacitación civil del derecho privado y, por tanto, se vincula a impedimentos físicos o psíquicos para llevar a cabo su actividad[50]. A mi juicio, no hay obstáculo alguno

---

[46] *Vid*. A. Cidoncha Martín, «Neutralidad y Jefatura del Estado», *op. cit*., p.185.

[47] M. Carrasco Durán, «El relato legitimador de la Monarquía, en crisis», en V. J. Vázquez, y S. Martín (coords.), *El Rey como problema constitucional. Historia y actualidad de una controversia jurídica. Un homenaje a Javier Pérez Royo*. Cízur Menor, Aranzadi, 2021, p. 495.

[48] Así A. Torres Del Moral, «En torno a la abdicación de la Corona», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 2014, pp. 13-48 y en «Regeneración de la Monarquía», en E. Arnaldo Alcubilla y P. González Trevijano (dirs.), *En pro de la regeneración política de España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 427. Igualmente, L. Jimena Quesada, «La Corona y la defensa del orden constitucional», en A. Villanueva Turnes (coord.), *40 años de Monarquía parlamentaria*, Madrid, Colex, 2019, p. 59.

[49] De esta manera, «un monarca que ha perdido su credibilidad no tiene otro remedio, si aspira a salvar la permanencia de la institución, que asumir su responsabilidad y renunciar». Citas literales de E. García, «El Rey en la Constitución de 1978: el cometido de la monarquía en una democracia con pretensión de veracidad», *op. cit*., p. 49. Para este autor, el acto de la abdicación «pone a salvo la institución a base de condenar al hombre» produciéndose una «imputación de toda responsabilidad a una persona que, con su renuncia, muere políticamente y desaparece del escenario público». *Vid*., E. García, «Reserva de Constitución y Monarquía», *op. cit*., p. 272.

[50] Así, E. Belda, «La evaluación y el control de los actos del Rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la Corona», *Revista Catalana de Dret Públic*, 52, 2015, p. 159. Considera este autor que el incumplimiento por parte del Rey de sus obligaciones constitucionales habría de ser una causa de abdicación y así habría de hacerse constar de forma explícita en el artículo 57. 5 CE, llegado el caso, en una futura reforma constitucional. Relegándolo solo a los impedimentos físicos y psíquicos, también A. Cidoncha, *Neutralidad y Jefatura del Estado*, *op. cit*., pp. 171.

para que pudiera operar en el caso en el que el rey incumpliera con las atribuciones que la Constitución le asigna o actuara sus funciones atentando, de forma grave y deliberada, con los fundamentos del orden constitucional[51]. El reconocimiento que están llamadas a realizar las Cortes, por expreso mandato del art. 59.2 CE, lejos de constituir una exigencia de responsabilidad en el sentido político, aparece como un elemento que permite que la jefatura del Estado siga funcionando aun cuando su titular se niega a cumplir con los actos que le corresponde como Jefe de Estado o realizara conductas que pusieran en riesgo el sistema democrático, sorteando quedar al albur de la voluntad unilateral que exige el acto de abdicar. Así delimitada, la inhabilitación, igual que la abdicación, constituiría una suerte de garantía no tanto de la existencia del órgano, cuanto del rol que está llamado a desempeñar en el conjunto institucional de los poderes del Estado[52].

4. LA DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

El rey no es un órgano de garantía. Ninguna de sus funciones se define en esos términos. Y no se contempla, ni explícita ni implícitamente, entre sus cometidos como Jefe de Estado el de garantizar la Constitución. Esta norma ya prevé, en su articulado, sus propias cláusulas de garantía (arts. 55, 116 o 155 CE) y determina la existencia de un único órgano encargado, desde una perspectiva estrictamente normativa, de velar por su efectivo cumplimiento: el Tribunal Constitucional.

La función de simbolizar la unidad y permanencia del Estado no tiene como contenido o propósito garantizar la unidad estatal o la indisolubilidad de la nación española. Solo la simboliza: la unidad del Estado y su poder y la unión entre sus órganos ya es un hecho logrado[53]

---

[51] Esta es una tesis que, también, comparte J. Oliver Araujo, *Cuarenta años de Monarquía en España, 1975-2015*, *op. cit.* El autor, no obstante, que también aboga por la aplicación del instituto de la inhabilitación en los casos en los que el rey cometiera algún delito (pp. 52 y 53), considera que esta inhabilitación debiera ser permanente y tener como consecuencia la proclamación inmediata de su sucesor (p. 61). Expresamente en contra, entre otros, J. De Miguel, «La Corona en España», *op. cit*., pp. 108-109; M. Aragón, «La conservación esencial de la Monarquía parlamentaria como elemento insustituible de nuestra Constitución», *op. cit*., pp. 21-22 y A. Ruiz Robledo, «Mientras llega la extinción de la monarquía», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 35, 2023, p. 173.

[52] Para A. Torres Del Moral la inhabilitación, junto con la abdicación, «son institutos de garantía de la Monarquía, no ataques a la misma; aseguran la continuidad de la forma política y la de su ejercicio, respectivamente, y con ello la normalidad del funcionamiento de la institución»; en «En torno a la abdicación de la Corona», *op. cit*., pp. 18 y 19. Igualmente, E. García, «El Rey en la Constitución de 1978: el cometido de la monarquía en una democracia con pretensión de veracidad», *op. cit*., pp. 49-50. Opinión contraria sostiene V.J. Vázquez en relación con la abdicación a la que considera «un instituto de renovación del que dispone el monarca»; en «Repudio sucesorio y utilitarismo regio. Acotaciones sobre la legitimidad en ejercicio de Felipe VI», *op. cit*., p. 509.

[53] Así A. Torres Del Moral, «La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español», *op. cit*., pp. 57-58.

y su garantía se canaliza a través de otros mecanismos constitucionales. Y tampoco el arbitraje y moderación regios abarca la custodia de la normalidad constitucional o el equilibrio del funcionamiento de los poderes del Estado.

Pero que el rey no sea un órgano de garantía o que entre el contenido de sus funciones no se incluya la de preservar el orden constitucional, no es óbice para admitir que, en determinadas ocasiones, el desempeño de estas funciones lo puede colocar en una posición que le exija llevar a cabo un papel activo en la defensa (política) del orden constitucional, tanto por lo que respecta al Estado como al funcionamiento de su sistema institucional. Este es un papel inherente a su condición de Jefe del Estado[54], desde la que simboliza no solo la unidad del mismo, también su permanencia. Y, como ya se ha señalado, esta función no solo se proyecta en la institución estatal y en el conjunto de instituciones que conforman y exteriorizan su voluntad, también se refiere a los valores y los principios constitucionales que fundamentan este Estado y lo define.

Y es que en determinados momentos de la vida de un Estado pueden generarse crisis o situaciones de tal naturaleza o magnitud que atenten o cuestionen la Constitución, su normatividad superior y suprema o el orden por ella misma establecido, a las que el ordenamiento no ofrezca respuestas o las que se hayan activado hayan sido ignoradas por quienes la han provocado. Y, sin embargo, será necesario algún proceder para hacerles frente. Actuación que, en todo caso, deberá tener como finalidad, la defensa de los valores y principios constitucionales inherentes al sistema democrático[55]. Es, precisamente, en este contexto en el que la acción de reinar adquiere una mayor relevancia y discurre por cauces distintos de los que se sigue en los momentos de «normalidad institucional»[56]. No olvidemos que el Jefe del Estado no queda relegado a ser solo un símbolo, sino que las funciones que se le asignan le confieren un papel activo en su ejercicio. Esta afirmación es del todo evidente en relación con el arbitraje y la moderación regia. Pero también puede predicarse de la función simbólica que también adquiere una dimensión dinámica cuando se proyecta en el ejercicio

---

[54] Para J. Tajadura «quien ostenta la máxima magistratura del Estado, le corresponde inexcusablemente su defensa en grado supremo». En «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., p. 32.

[55] P. Fernández De Casadevante Mayordomo, «El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía», *Revista de Derecho Político*, 107, 2020, p. 128.

[56] A. Torres del Moral alude a la especial dimensión que debe adquirir la función de reinar «cuando el sistema político en su conjunto está encallado o ha descarrilado por mor de una crisis económica y social global, o cuando se haya afectado por el cáncer de la corrupción política o económica, o, en fin, cuando la unidad nacional esté amenazada por las pretensiones independentistas de una o varias zonas del país […] La actuación del Rey no puede, entonces, ser la misma que en épocas de prosperidad». A. Torres Del Moral, «Regeneración de la Monarquía», *op. cit*., p. 413.

de las funciones regias[57]. Porque, como afirma A. Torres del Moral, ser símbolo no es una función inerte, sino de continua actividad, con firmezas y flexibilidad a un tiempo, procurando la persuasión y buscando puntos de encuentro[58].

Pero, como he señalado, la posibilidad de actuar en defensa del orden constitucional no confiere al rey un rol de garante de la Constitución y tampoco lo erige en un guardián político de la misma. Un reconocimiento similar le dotaría de un estatuto que M. Herrero de Miñón califica como magistrado para la crisis[59], lo que equivaldría, en palabras de E. Belda, a situarlo en solitario «al frente de un sistema que está siendo atacado, confiriéndole la decisión última sobre el monopolio de la violencia legal del Estado»[60]. En cualquier democracia toda situación de crisis o ataques al orden constitucional deben ser respondidos por el sistema: no queda nunca en mano de uno solo de sus órganos.

Es importante resaltar que la actuación del rey en defensa del orden constitucional en situaciones extraordinarias o de crisis, lejos de ser la manifestación de una reserva de poder, se deriva del ejercicio de sus funciones constitucionales y se articula a través de las acciones (propuestas, consejos, sugerencias, amonestaciones) e instrumentos (discursos, mensajes) que, normalmente, las materializan: el rey, por tanto, no queda investido de ninguna otra competencia o atribución específica de las que ya se derivan del desempeño de las funciones constitucionalmente asignadas. Y es que no estamos ante poderes implícitos que pudieran justificarse en el principio monárquico. Su admisión implicaría reconocer a la Corona una posición extrainstitucional o *supra*-constitucional, como una reserva en acto o en potencia de atribuciones propias o prerrogativas al modo de la Corona británica o como tuvo en otras etapas de la Monarquía española, limitada o constitucional[61]. La plena vigencia del principio democrático y la racionalización *ex Constitutione* de la institución monárquica hacen inviable que el rey pueda actuar ningún tipo de «poder» que no esté positivizado, delimitado y determinado en la Constitución, ni que justifique su existencia en una soberanía diferente a la que la misma Constitución reconoce al pueblo español, «del que emanan todos los poderes del Estado» (art. 1.2 CE).

---

[57] G. Rollnert Liern, «El rey símbolo de la unidad y permanencia del Estado», *op. cit*., pp. 21-22 y 29-30.

[58] A. Torres Del Moral, «Regeneración de la Monarquía», *op. cit*., p. 414.

[59] M. Herrero Y Rodríguez De Miñón, «El Rey y las Fuerzas Armadas», *Revista del Departamento de Derecho Político,* 7, 1980, pp. 39-56 y «La posición constitucional de la corona», en S. Martin Retortillo Baquer (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3. Madrid, Civitas, 1991, pp. 1936-ss.

[60] E. Belda, «23 de Febrero de 1981: la reinterpretación jurídica de un suceso propio de períodos de transición», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 155, 2012, pp. 43 y 59. Cita literal de p. 60.

[61] A. Menéndez Rexach, *La Jefatura del Estado en Derecho Público español, op. cit*., p. 374.

La diferenciación que se tiende a realizar entre esos hipotéticos poderes extraordinarios o implícitos del monarca en situaciones extraordinarias con sus atribuciones constitucionales u ordinarias no se justifica, como acertadamente puso de manifiesto I. de Otto[62], desde la perspectiva de ver en estos poderes implícitos el recurso a un poder jurídicamente distinto de los que la Constitución confiere al rey, sino por el uso políticamente distinto de un mismo poder jurídico. Es decir, esas atribuciones del rey más allá de las constitucionalmente tasadas son posibles, según el mismo autor, por las diferencias que hay entre el plano jurídico y el plano político, y no sería posible de no darse esta. Es únicamente en este contexto en el que puede hablarse, no de una reserva de poder, sino, a lo sumo, una «reserva de influencia»[63] o *auctoritas* de la que va a depender, a la postre, su aceptación por las instituciones y las fuerzas políticas que la integran.

El lastre que se ha arrastrado en relación con la Jefatura del Estado se ha fundamentado en blindar la ausencia de poderes. De hecho, esta fue una operación que, como apunta F.J. Díaz Revorio, se logró mediante el «aislamiento» de la institución[64], especialmente, respecto del resto de poderes del Estado. Ahora bien, tras más de cuarenta años de vigencia de la de la norma constitucional, estos recelos no tienen sentido de ser. Y no solo porque la monarquía ha dado sobradas muestras de su posición y actuación constitucionales, sino porque la propia fortaleza del sistema democrático establecido en la Constitución ha sabido activar los resortes de defensa y garantía que acompañan a su valor normativo. Debemos, por tanto, situar las funciones del rey en el lugar que corresponden, porque es el desempeño de las mismas las que habilitan al Jefe del Estado a «tomar partido» por el orden constitucional en situaciones en las que éste esté seriamente comprometido y el funcionamiento regular de las instituciones no alcance a hacerle frente. La neutralidad que define la posición del Jefe del Estado no lo ampara a adoptar una actitud de indiferencia o pasiva en situaciones en las que se cuestiona el orden constitucional bien por falta de reacción de los poderes del Estado (en 2017), bien por el secuestro de estos mismos poderes (en 1981)[65]: el rey no puede ser neutral respecto de la Constitución que ha jurado guardar y hacer guardar[66]. El rey no es, en ningún caso, como se ha señalado *supra*, un órgano neutralizado.

---

[62] *Vid*. «Sobre la monarquía», en R. Blanco Valdés (dir.), *Maestros de la transición*, Madrid, CEPC, 2018, pp. 209-215.

[63] A. Menéndez Rexach, *La Jefatura del Estado en Derecho Público español, op. cit*., p. 443.

[64] En «Los retos de la monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico y a su esencial legitimadora constitucional», *op. cit*., p. 177.

[65] El Rey «no puede ser neutral o equidistante entre quienes pretenden destruir la Constitución y quienes aspiran a salvaguardarla»; J. Tajadura, «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., p. 77

[66] A. Cidoncha, «Neutralidad y Jefatura del Estado», *op. cit*., p. 181

Como cualquier poder del Estado, la monarquía encuentra su justificación en la legitimidad democrática que le confiere su recepción constitucional y el reconocimiento de la soberanía popular. Todos ellos, sin excepción, someten su actuación a la Constitución. La Constitución como norma superior y suprema también vincula al Jefe del Estado y, como el resto, de los poderes del Estado compromete su actuación estableciendo límites al desempeño de sus funciones. Pero también la condiciona, orientando el ejercicio de sus funciones en un sentido plenamente conforme con la Constitución y los principios y valores que la sustentan[67]. Compromiso que el rey adquiere con el juramento que está obligado a realizar ante los representantes del sujeto soberano en el momento de su proclamación. Juramento que no solo se limita a una mera fórmula de acatamiento, como la exigida para los parlamentarios, sino que, además de comprometerse a «desempeñar fielmente sus funciones» y de «respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas», incluye, de forma explícita, el compromiso de «guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes».

De la anterior consideración no se desprende que este juramento sea un título que habilite al rey a activar, en supuestos extraordinarios, poderes durmientes que le permitan actuar, como un guardián de la Constitución. La previsión de determinados órganos y mecanismos o procedimientos, así como el equilibrio de poderes y el juego de pesos y contrapesos que fundamentan la ordenación del ejercicio del poder, hacen posible esta garantía jurídica y política de la norma suprema. Ahora bien, tampoco ha de entenderse como una mera formalidad carente de significado constitucional, más allá de ser la condición que debe acatar el rey para asumir la Jefatura del Estado. Porque es, precisamente, esta imposición como una *conditio sine qua non* al rey para «acceder» a un órgano constitucional, asumiendo su titularidad, la que revela que en esta exigencia se encierra algo más que el cumplimiento de un trámite, por mucha solemnidad que pueda rodear a su manifestación. Su prestación se traduce en un compromiso con los procedimientos y valores constitucionales cuya inobservancia significaría una negativa a reconocer esos procedimientos y valores y, consecuentemente, supondría que la persona que ya ha adquirido esta condición según las reglas dinásticas de sucesión al Trono, que la misma Constitución acoge en su art. 57.1, no podría actuar válidamente como Jefe del Estado al expresar, con su actuación, una incompatibilidad con el orden constitucional[68]. Por esta razón, lejos

[67] L. Jimena alude al mandato constitucional del artículo 9.1 CE como una suerte de Código de buen monarca o de buena monarquía; en «La Corona y la defensa del orden constitucional», *op. cit*., p. 42.

[68] L. López Guerra, «Artículo 61: Juramento», en O. Alzaga Villaamil (dir), *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución Española de 1978,* t. v, Madrid, EDERSA, 1983.

de ser una fórmula vacía, ha de concebirse como un compromiso jurídicamente vinculante[69].

Dejando a un lado cualquier connotación religiosa que rodea el origen de este instituto, debe prevalecer la concepción según la cual todo juramento implica un compromiso personal de un determinado comportamiento futuro por parte de quien lo presta, formulado en conciencia y basado en convicciones morales y éticas. Y cuando viene referido a los titulares de funciones públicas, el juramento es una garantía de que en el ejercicio de su cargo van a actuar respetando el ordenamiento jurídico. De este modo, el juramento regio vendría a asimilarse al acatamiento de la Constitución que realizan los cargos públicos y constituiría, de este modo, una reiteración del sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico contemplado, con carácter general, en el art. 9.1 CE[70]. La sujeción del rey a la Constitución, que se opera a través del juramento, tiene, como cuando va referido a cualquier poder público, una vertiente pasiva que les obliga abstenerse a realizar conductas contrarias a la Constitución. Pero también, una vertiente activa que les exige ejercer sus funciones cumpliendo con esta norma, con sus principios y valores. Y por esta misma razón, cuando el rey presta este juramento ante las Cortes Generales (*ex* art. 61 CE) está manifestando su compromiso con una doble proyección: *ad intra*, actuando conforme con la Constitución en desempeño de su posición y funciones; pero también *ad extra* en relación con otros órganos del Estado respecto de los cuales también se compromete a «hacer guardar la Constitución y las leyes».

Y es que, como recodaba M. Aragón con ocasión del acto de juramento que la sucesora realizó al cumplir con la mayoría de edad, *ex* art. 61.2 CE[71], el juramento no es un acto que requiera el concurso de dos voluntades: de quien lo emite (rey o heredera, según el caso) y quien lo recibe (las Cortes Generales). El juramento es un acto unilateral que se realiza por expresa previsión de la Constitución. En su realización se exige la reunión conjunta de ambas Cámaras, pero su eficacia no requiere ningún acto de aceptación del Parlamento. La expresión de «guardar o hacer guardar la Constitución» confirma, en definitiva, el sometimiento del rey a la Constitución, a su contenido y a los valores que la sustentan, a la vez que le permite exteriorizar su compromiso positivo con el orden constitucional. Y es, como afirma L. Jimena, esta sujeción de la Corona al orden constitucional lo que comporta su defensa[72].

---

[69] Y. Gómez, «Monarquía en democracia: hay futuro», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 35, 2023, p. 108.

[70] Así también E. Belda, *El poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Madrid, 2003, p. 112.

[71] En «La jura de la Princesa: una firme esperanza», *El Mundo,* 30 de octubre de 2021.

[72] En «La Corona y la defensa del orden constitucional», *op. cit*., p. 61.

Más allá de su admisión para los momentos extraordinarios en los que el Estado vea cuestionado gravemente sus cimientos constitucionales, la cuestión que suscita esta actuación en defensa del orden constitucional es identificar cómo puede llevarla a cabo el rey, a través de qué concretas facultades e instrumentos[73].

Si, como se ha indicado, esta actuación del Jefe del Estado no le confiere más «poderes» o funciones de las ya establecidas en el texto constitucional, la forma de como sea llevada a cabo, así como el alcance de sus acciones, debe situarse necesariamente en el ámbito de sus funciones y de las concretas competencias para hacerlas efectivas. Porque son estas funciones las que actúan como títulos habilitantes para intervenir en estas situaciones[74]. De esta manera, el rey no va a poder tomar decisiones ni imponer sus acciones: seguirá careciendo de poderes. Y la actuación del rey en la defensa constitucional solo generará eficacia jurídico constitucional cuando lleve a cabo actos debidos o solemnice decisiones de otros órganos del Estado. Así ocurrió, por ejemplo, con el sucesivo nombramiento regio como Presidentes de la Comunidad Autónoma de Cataluña a candidatos de partidos soberanistas que encabezaban el proceso secesionista (en 2012, 2016, 12018, 2020 y 2021) o, incluso, con la expedición de los nueve decretos a través de los cuales se formalizaba el indulto a los políticos catalanes presos[75]. Por lo demás, esta defensa activa del orden constitucional más que un cometido específico constituye un fin que orienta el ejercicio de las funciones explícitamente asignadas como Jefe de Estado[76], participando de los instrumentos y del alcance que despliega la *auctoritas* regia: exhortando al resto de poderes, en especial al Gobierno, a adoptar las medidas necesarias para defender, en el ámbito de sus competencias, la Constitución y el orden constitucional[77]. Solo desde esta perspectiva, puede ser concebido el rey como un guardián (político) de la Constitución y del orden constitucional por ella establecido[78]. Y es que, parafraseando a M. Herrero y

---

[73] Así, también, J. Tajadura Tejada, «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», *op. cit*., p. 32.

[74] M.J. Cando Somoano, *El Rey como «símbolo de unidad y permanencia del Estado» en la Constitución española de 1978*, *op. cit*., p. 175.

[75] Reales Decretos 456 a 464/2021, de 22 de junio, *BOE* núm. 149, de 23 de junio de 2021.

[76] «Un Rey con autoridad, pronunciando palabras de contenido social […] se identifica en líneas generales con la voluntad del Estado, como Jefe y personificación del mismo, sin interferir en los cuales democráticos de determinación de esa voluntad». Cita literal de Belda, E., «El Rey y las circunstancias extraordinarias del Estado», en G. Rollnert (dir.), *Las monarquías europeas en el siglo XXI*, Madrid, Sanz y Torres Eds., 2007, p. 139.

[77] Cuando la Constitución está en peligro puede intervenir con las únicas armas que posee: la *auctoritas*, el derecho a advertir, animar y a informar; *vid.*, A. Cidoncha, «Neutralidad y Jefatura del Estado», *op. cit*., p. 181.

[78] A. Cidoncha lo califica de guardián político; en «Neutralidad y Jefatura del Estado», *op. cit*., p. 182.

Rodríguez de Miñón, «el rey tiene influencia para hacer que la Constitución se cumpla, pero no tiene potestad para evitar que se incumpla»[79].

Más allá del encuadre teórico, la práctica ha avalado la actuación del Jefe del Estado en defensa del orden constitucional, situándola en los parámetros que delimita la ordenación normativa de la Corona en el Título II CE. Y en este sentido fueron dos las circunstancias extraordinarias que motivaron una intervención del rey específicamente destinada a hacer guardar la Constitución: en 1981 y en 2017. Ni una ni otra actuación afectó a la posición neutral del Jefe del Estado que no quedó, en modo alguno, quebrantada[80]. En los dos casos la actuación del rey se canalizó a través de mensajes, que es el instrumento a través del cual el Jefe del Estado expresa habitualmente su *auctoritas* y la forma en la que participa en la formación del *indirizzo* constitucional[81]. No se hizo, por tanto, uso de ningún instrumento excepcional, al margen de los ya habitualmente utilizado por el monarca en el desempeño ordinario de sus funciones.

4.1. 23 de febrero de 1981. El ataque a la democracia constitucional

El intento de golpe de Estado por parte de una facción militar se escenificó, entre otros, con la toma del Congreso de Diputados y la retención del Gobierno «en funciones», incluido su Presidente. Se celebraba en la Cámara baja la votación de investidura de L. Calvo Sotelo, derivado del rechazo a la cuestión de confianza presentada por el hasta entonces Presidente del Gobierno, A. Suárez. En esta situación de emergencia, el Rey D. Juan Carlos I dirige a la Nación un breve mensaje. En él, más allá de apelar a la serenidad y confianza, se alude a las «circunstancias extraordinarias que en estos momentos estamos viviendo» y comunica que ha cursado a las autoridades civiles y militares la orden de tomar «las medidas necesarias para mantener el orden constitucional dentro de la legalidad vigente» y, en el caso de tener que adoptarse **c**ualquier medida de carácter militar, esta «deberá contar con la aprobación de la Junta de Jefes del Estado Mayor». El entonces Jefe del Estado acababa su mensaje con una advertencia del todo significativa para el tema que nos ocupa: «La Corona, símbolo de la permanencia y unidad de la Patria, no puede tolerar en forma alguna acciones o actitudes de personas que pretendan interrumpir por la fuerza el proceso democrático que la Constitución votada por el pueblo español determinó en su día a través de referéndum».

---

[79] M. Herrero Y Rodríguez De Miñón, «La posición constitucional de la Corona», *op. cit*., pp. 1921-1940.

[80] A. Cidoncha, «Neutralidad y Jefatura del Estado», *op. cit*., p. 181.

[81] Literalmente E. García, «Reserva de Constitución y Monarquía», *op. cit*., p. 300.

Se ha debatido mucho, y de forma controvertida, acerca de la naturaleza de la intervención del rey en aquel momento histórico[82]. El hecho que diera su mensaje vestido con uniforme militar abonó, además, la teoría de que actuaba materialmente el mando supremo de las fuerzas armadas, atribución que, en efecto, le confería el art. 62h de la CE[83], pero que, como el resto de las competencias enunciadas en dicho precepto, no venía acompañada del reconocimiento de potestad alguna para el Jefe del Estado: solo al gobierno compete la dirección efectiva tanto de la Administración militar como de la política de defensa (art. 97 CE).

A mi juicio, esta intervención del monarca no puede ser calificada como una «extralimitación constitucional»[84]. El orden constitucional vigente no ofrecía respuesta alguna sobre cómo proceder en estas situaciones. Ni siquiera de haber estado ya promulgada la ley orgánica que daba desarrollo legal a las previsiones sobre los estados excepcionales del art. 116 de la CE —aprobada unos meses más tarde por LO 4/1981, de 1 de junio— se hubieran podido activar sus medidas, al estar los dos principales órganos decisores (Gobierno y Congreso) secuestrado por los golpistas. Y es verdad que el Jefe del Estado tomó decisiones cuando, en circunstancias de normalidad institucional, carecía de potestad para hacerlo. Las circunstancias, por tanto, no eran ordinarias: con un gobierno secuestrado quedaba neutralizada su capacidad de dirigir la administración militar o la defensa del Estado. Las previsiones constitucionales construidas para un escenario de ejercicio regular de los poderes del Estado no podían ofrecer la debida cobertura en un contexto golpista. La actuación del rey a través del discurso televisado tenía el único propósito de reconducir el ejercicio del poder por los canales prestablecidos por el ordenamiento constitucional[85]. Este es el sentido de la referencia a «la legalidad vigente»[86], por un lado, y a la

---

[82] Para un sucinto examen de todas ellas me remito a la monografía de M.J. Cando Somoano, *El Rey como «símbolo de unidad y permanencia del Estado» en la Constitución española de 1978, op. cit*., pp. 169-175.

[83] I. De Otto Pardo, «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, 1988, p. 14; M. Aragón Reyes, «Veinticinco años de Monarquía parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 70, 2004, p. 23 o P. Cruz Villalón, «Normalidad y excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 2004, p. 198.

[84] Así, P. Fernández De Casadevante Mayordomo, «El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía», *op. cit*., p. 138.

[85] Concretamente, para E. Belda, el Rey generó actos para volver al momento anterior al que se produce el golpe, solventando el vacío a la búsqueda de la normalidad, nunca inventándose una salida para la crisis. *Vid*. E. Belda, «23 de Febrero de 1981: la reinterpretación jurídica de un suceso propio de períodos de transición», *op. cit*., p. 60.

[86] No puede decirse que la legislación vigente fuera muy clarificadora con el papel del Rey en las Fuerzas Armadas. En efecto, la —derogada— Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, asignaba al Rey «las funciones que, en materia de defensa nacional, le confieren la Constitución, las Reales Ordenanzas y las demás leyes y, en especial, el mando supremo de las Fuerzas Armadas» (art. 5). Y lo configuraba, junto con el Presidente del Gobierno, como el órgano superior de la Defensa Nacional. En este sentido, la ley

«Junta de Jefes del Estado Mayor» —órgano cuya existencia se contemplaba en el ordenamiento[87] con competencias en la materia y bajo la dirección del gobierno—.

La extraordinaria gravedad de la situación generó un auténtico estado de necesidad[88] que justificó la actuación del rey. Ante el riesgo de destruir la democracia alcanzada y ante el vacío de poder que se generó, el Jefe del Estado actuó tanto en defensa del orden democrático que la Constitución establecía, recordando a tal efecto que este fue una decisión que el sujeto soberano adoptó a través del referéndum de aprobación del texto constitucional. Fue un acto de defensa política de la Constitución. La actuación del monarca se derivó de su propia legitimidad constitucional proyectada al ámbito del proceso político. Incluso su aparición ante los medios con el uniforme militar encerraba una gran carga simbólica y, lejos de suponer el ejercicio efectivo del mando castrense, significó un ejercicio de *auctoritas 89* por parte del Jefe del Estado, porque precisamente fueron miembros de las Fuerzas Armadas quienes se alzaron contra la democracia constitucional[90].

4.2. 3 de octubre de 2017. La subversión del orden constitucional por la tentativa de secesión en Cataluña

Los acontecimientos acaecidos en Cataluña en septiembre-octubre de 2017[91] constituyeron un intento de subvertir el orden constitucional y de ruptura de la integridad territorial del Estado pretendiendo la separación unilateral de una parte del mismo. A diferencia de 1981, no se afectó el funcionamiento regular de las instituciones, ni estatales ni de las Comunidades autónomas. Precisamente, en Cataluña fueron

---

orgánica contemplaba la Junta de Defensa Nacional como órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de Defensa Nacional, presidida por el Rey y, en su defecto por el Presidente del Gobierno, «podrá asesorar a Su Majestad el Rey y al Presidente del Gobierno» (art. 9.1).

[87] La referida Ley Orgánica 6/1980, la configuraba como el órgano colegiado superior de la cadena de mando militar de los tres Ejércitos encuadrado orgánicamente en el Ministerio de Defensa y dependiente del Presidente del Gobierno (art. 11).

[88] A el alude P. Cruz Villalón, «Normalidad y excepción», *op. cit*., pp. 198 y 200.

[89] También A. Cidoncha, «Neutralidad y Jefatura del Estado», *op. cit*., pp. 179-180.

[90] Para E. Belda, el papel del Rey fue fundamental e influyó de forma decisiva en la actuación de las Fuerzas Armadas. De esta manera, el autor considera que «en la Milicia se entendía […] que el Jefe del Estado era su máximo referente y mando, efectuando una lectura literal del artículo 62.h de la Constitución […] Con ello, es generalizado opinar que los militares rechazaron el golpe por seguir y/o acatar las órdenes de su Capitán General, haciendo clave de la resolución del problema a una única persona, como tal, y no como Jefe del Estado […]». Y solo desde esta perspectiva, la intervención del Rey se vincula con una «Jefatura nominal de las Fuerzas Armadas». En E. Belda, «23 de Febrero de 1981: la reinterpretación jurídica de un suceso propio de períodos de transición», *op. cit*., pp. 55 —cita literal— y 58.

[91] Se hace referencia a las leyes aprobadas por la mayoría del Parlamento catalán, la ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación y la ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, así como la consulta celebrada el 1 de octubre de 2017.

las mismas autoridades autonómicas —presidente de la Generalitat, Gobierno y Parlament, conformadas mayoritariamente por fuerzas políticas independentistas— las que, valiéndose de la posición y de la autoridad que les confería la Constitución en tanto que instituciones de autogobierno, alentaron las actuaciones secesionistas. La actuación de las autoridades catalanas —y las fuerzas políticas que la sustentaron— provocó una situación de grave crisis política y constitucional, pero los poderes del Estado no se vieron mermados de ninguna de sus competencias. Y este es el contexto en el que se produce el mensaje del Jefe del Estado de 3 de octubre de 2017.

En su mensaje el rey alude a la ilegalidad de la pretendida proclamación de la independencia de Cataluña, recordando el incumplimiento de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de «determinadas autoridades de Cataluña, de una manera reiterada, consciente y deliberada». Su pretensión «de quebrar la unidad de España y la soberanía nacional» se sitúa, según el monarca, «totalmente al margen del derecho y de la democracia». Identifica, en las decisiones adoptadas por estas autoridades, una clara vulneración «de manera sistemática las normas aprobadas legal y legítimamente» situándose «al margen del derecho y de la democracia». Este comportamiento demuestra, para el Jefe del Estado, una «deslealtad inadmisible hacia los poderes del Estado».

El rey sitúa el conflicto en su preciso contexto: lejos de asumir el relato creado desde las posiciones secesionistas, no reconoce la existencia de un conflicto entre Cataluña y el resto del Estado. Por el contrario, identifica la existencia de una grave crisis democrática generada por la actuación de «determinadas» autoridades que, en un «intento de apropiación de las instituciones históricas de Cataluña», ha provocado, entre otras consecuencias, la ruptura y el enfrentamiento de la sociedad catalana —ciudadanía a la que dirige una buena parte de su mensaje—, de la quiebra de la solidaridad entre los españoles y del riesgo que todo ello supone para «la estabilidad económica y social de Cataluña y de toda España».

Las consecuencias en la calificación de los acontecimientos son diferentes en uno u otro caso. La aceptación de la existencia de un conflicto entre Cataluña y el Estado hubiera requerido por parte del Jefe del Estado apelar a la búsqueda de una vía de solución —política y jurídica— que facilitara el encaje de las legítimas aspiraciones de este territorio en el conjunto del Estado y qué duda cabe que, desde la perspectiva normativa, el procedimiento de reforma de la Constitución se erigiría en uno de los mecanismos de «solución» más oportuno. En cambio, la consideración de la situación «de extrema gravedad» como una crisis democrática, obliga a hacer uso de todos los instrumentos que ofrece el marco constitucional para hacer frente a los hechos que provocan la crisis y restablecer la normalidad democrática. Y es por esta

razón, que el rey, en su mensaje, apela de forma expresa e inequívoca a la «responsabilidad de los legítimos poderes del Estado asegurar el orden constitucional y el normal funcionamiento de las instituciones[92], la vigencia del Estado de Derecho y el autogobierno de Cataluña, basado en la Constitución y en su Estatuto de Autonomía».

Desde un punto de vista constitucional, esta actuación del rey no tuvo nada de extraordinaria, ni por supuesto, excedió de su posición constitucional. El rey arbitró en el funcionamiento institucional actuando, con todo su alcance, su posición de símbolo de la unidad y permanencia del Estado. No ejerció *potestas* alguna que desplazara los poderes o interfiriera en las competencias que correspondían a las Cortes Generales o al Gobierno. Todo lo contrario: las alentó a que actuaran. Desplegó toda su *auctoritas*. Este llamamiento, como todos sabemos, se tradujo en que el Gobierno finalmente activara las previsiones del art. 155 de la CE y el Senado concediera la autorización para su aplicación en Cataluña.

La vinculación del rey a la Constitución exige, desde una perspectiva positiva, orientar sus actuaciones y el ejercicio de sus funciones al marco constitucional que las asigna. Éste es el deber que, como cualquier otra autoridad, asume al acceder a la Jefatura del Estado. Y precisamente a este compromiso «de la Corona con la Constitución y con la democracia» se refiere el Rey Felipe VI al concluir su mensaje de 3 de octubre de 2017. Compromiso que, incluso, traslada a la ciudadanía: a los españoles, en general y a todos los catalanes, en particular. El mensaje recuerda a todos ellos que un Estado democrático «ofrece las vías constitucionales para que cualquier persona pueda defender sus ideas dentro del respeto a la ley», advirtiendo que «sin ese respeto no hay convivencia democrática posible en paz y libertad». Y, específicamente para la ciudadanía catalana, alude a la «garantía absoluta de nuestro Estado de Derecho en la defensa de su libertad y de sus derechos».

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Que el Jefe del Estado no tenga poderes de decisión, no quiere decir que su magistratura haya de quedar reducida a un papel meramente simbólico, tanto del Estado como de sus instituciones. Debemos tener presente, que el rey no gobierna, pero reina. Y no es esta una mera formulación retórica. La Constitución, igual que niega la *potestas* al rey, dota de contenido a su cometido de reinar que desempeña a través de

[92] G. Rollnert advierte del simbolismo que encierra la utilización literal de la expresión utilizada en el art. 56.1 CE para referirse a la función de arbitraje y moderación en «El rey símbolo de la unidad y permanencia del Estado», *op. cit*., p 34.

la *auctoritas*, salvaguardando siempre su posición neutral en el sistema institucional.

Neutralidad que, sin embargo, no se ve afectada en los supuestos en los que el rey debe tomar partido por la Constitución y el orden institucional y de valores que ella misma ha establecido. Y así sucedió en dos momentos históricos muy señalados: en febrero de 1981 y en octubre de 2017. Fueron dos reyes distintos, dos formas de reinar diferentes, pero, sin embargo, coincidieron en un propósito: actuar en defensa del orden constitucional. Ninguna de estas intervenciones convirtió al Jefe del Estado en un guardián de la constitución, ni *de iure*, ni *de facto*. El Jefe del Estado actuó sus funciones, las que la misma Constitución le asignaba, solo que estas, precisamente por las circunstancias que las activaron, adquirieron una relevancia adicional. No hizo uso de ningún poder de reserva ni de ninguna prerrogativa implícita, simplemente porque estos no existen en el contexto de una monarquía parlamentaria: son propios de monarcas de otras épocas históricas y de monarquías de naturaleza limitada, sean o no constitucionales.

Como todos los actos que lleva a cabo el rey, aunque con mayor intensidad, estas han suscitado diversidad de valoraciones entre los ciudadanos y la clase política que los representan. Así, mientras que, en febrero de 1981, la figura del rey salió reforzada tras el fracaso del golpe de Estado, no parece haber sucedido lo mismo en octubre de 2017. Pero no por esta razón, ni el rey, ni cualquier otro órgano o poder del Estado, debe dejar de desempeñar las funciones que constitucionalmente tiene asignadas. En este concreto caso, por muy discutido que pudiera ser por una parte de la población y de los actores políticos, también fue alabado por otros. La institución monárquica no debe ser defendida evitando que el rey ejerza sus funciones cuando se den las circunstancias que las requieran. Todo lo contrario. En una situación de grave crisis constitucional el silencio de la Monarquía hubiera generado una erosión mayor de la institución, precisamente por no cumplir con las funciones que tiene encomendadas, en concreto la de moderar y arbitrar el funcionamiento regular de las instituciones. Y fue precisamente eso lo que hizo el rey: exhortar a que estas cumplieran con la Constitución y ejercieran sus poderes de conformidad con las previsiones que en ella se contemplaban para hacer frente a este quebramiento del orden constitucional.

El rey, como se ha señalado, asume una posición neutral en el sistema institucional, lo que no significa que está impedido para actuar. Cuando está en juego la Constitución, es un deber del Jefe del Estado tomar parte utilizando todos los instrumentos y recursos que le ofrece el alcance de sus funciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, M., *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución Española,* Madrid, Civitas, 1990.

— «La jura de la Princesa: una firme esperanza», *El Mundo,* 30 de octubre de 2021.

— «La conservación esencial de la Monarquía parlamentaria como elemento insustituible de nuestra Constitución», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 35, 2023, pp. 15-27.

— «Veinticinco años de Monarquía parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, 2004, pp. 11-25.

Belda, E., *El poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Madrid, Senado, 2003.

— «El Rey y las circunstancias extraordinarias del Estado», en G. Rollnert (dir.)*, Las monarquías europeas en el siglo XXI*, Madrid, Sanz y Torres Eds., 2007, pp. 135-146.

— «23 de Febrero de 1981: la reinterpretación jurídica de un suceso propio de períodos de transición», *Revista de Estudios Políticos,* 155, 2012, pp. 41-70.

— «La evaluación y el control de los actos del Rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la Corona», *Revista Catalana de Dret Públic*, 51, 2015, pp. 155-173.

Cando Somoano, M. J., *El Rey como «símbolo de unidad y permanencia del Estado» en la Constitución española de 1978*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2004.

Carrasco Durán, M., «El relato legitimador de la Monarquía, en crisis», en V. J. Vázquez y S. Martín (coords.), *El Rey como problema constitucional. Historia y actualidad de una controversia jurídica. Un homenaje a Javier Pérez Royo*, Cízur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 461-499.

Cazorla Prieto, L. M. y Fernández-Fontecha, M., *¿Una Ley de la Corona? Ensayo sobre el desarrollo del Título II de la Constitución*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

Cidoncha Martín, A., «Neutralidad y Jefatura del Estado», en J. C. Gavara y J. de Miguel (eds.), *Poder, Constitución y neutralidad*, Barcelona, Bosch Ed., 2023, pp. 145-189.

— *Neutralidad y Jefatura del Estado*, Barcelona, Bosch Ed., 2023.

Cruz Villalón, P., «Normalidad y excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 2004, pp. 187-200.

De Carreras Serra, F., «Tres notas sobre la Monarquía parlamentaria», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. I, Madrid, CEPC, 2002, pp. 875-896.

De La Iglesia Chamarro, A., *Desafíos de la Monarquía parlamentaria*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

De Otto Pardo, I., «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, 1988, pp. 11-44.

— «Sobre la monarquía», en R. Blanco Valdés (dir.), *Maestros de la transición*, Madrid, CEPC, 2018, pp. 209-215.

De Miguel Bárcena, J., «La Corona en España», en J. Tajadura Tejada (dir.), *La Jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI*, Sevilla, Athenaica, 2022, pp. 89-124.

De Vega, P., «El poder moderador», *Revista de Estudios Políticos*, 116, 2002, pp. 7-24.
Díaz Revorio, F. J., «Los retos de la monarquía parlamentaria en España: adaptarse a los tiempos sin renunciar a su sentido histórico simbólico y a su esencial legitimadora constitucional», *Parlamento y Constitución*, 16, 2014, pp. 141-184.
Fernández De Casadevante Mayordomo, Pablo, «El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía», *Revista de Derecho Político*, 107, 2020, pp. 111-145.
Freixes Sanjuán, T., «La Jefatura del Estado monárquica», *Revista de Estudios Políticos*, 73, 1991, pp. 83-118.
García Canales, M., *La monarquía parlamentaria española*, Madrid, Tecnos, 1990.
García, E., «El Rey neutral: la plausibilidad de una lectura democrática del artículo 56.1 de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 2014, pp. 295-318.
— «El Rey en la Constitución de 1978: el cometido de la monarquía en una democracia con pretensión de veracidad», *Revista de Derecho Político*, 105, 2019, pp. 19-55.
— «Reserva de Constitución y Monarquía», *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, pp. 267-302.
Gómez Sánchez, Y., «Monarquía en democracia: hay futuro», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 35, 2023, pp. 103-122.
Jimena Quesada, L., «La Corona y la defensa del orden constitucional», en A. Villanueva Turnes (coord.), *40 años de Monarquía parlamentaria*, Madrid, Colex, 2019, pp. 37-63.
Jiménez De Parga, M., *Las Monarquías europeas en el horizonte español*, Madrid, Tecnos, 1966.
— «La Corona», en G. Trujillo, L. López Guerra y P. González-Trevijano (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 309-316.
Herrero Y Rodríguez De Miñón, M., «El Rey y las Fuerzas Armadas», *Revista del Departamento de Derecho Político,* 7, 1980, pp. 39-56.
— «La posición constitucional de la Corona» en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3, 1991, pp. 1921-1940.
López Guerra, L.: «Artículo 61: Juramento», en O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución Española de 1978*, t. v. Madrid, EDERSA 1983, pp. 215-237.
Lucas Verdú, P.: «La Corona, elemento de la Constitución sustancial española», en P. Lucas Verdú (coord.), *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, pp. 223-276.
Menéndez Reixach, A., *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1979.
Oliver Araujo, J., *Cuarenta años de Monarquía en España, 1975-2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
Porras Ramírez, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Madrid, Tecnos, 1995.

Rollnert Liern, G., «El rey símbolo de la unidad y permanencia del Estado», en A. Villanueva Turnes (coord.), *40 años de Monarquía parlamentaria*, Madrid, Colex, 2019, pp. 11- 35.

Ruiz Robledo, A., «Mientras llega la extinción de la monarquía», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 35, 2023, pp. 167-187.

Solozábal Echavarría, J. J., *La sanción y promulgación de las leyes en la Monarquía Parlamentaria*, Madrid, Tecnos, 1987.

Tajadura Tejada, J., «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», en J. Tajadura Tejada (dir.), *La Jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI*, Sevilla, Athenaica, 2022, pp. 13-88.

— «La legitimidad funcional de la Corona como Magistratura de *auctoritas* basada en la neutralidad y la ejemplaridad», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 35, 2023, pp. 189-209.

Torres Del Moral, A., «La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español», en P. Lucas Verdú (ed.), *La Corona y la Monarquía Parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, pp. 39-84.

— «En torno a la abdicación de la Corona», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 2014, pp. 13-48.

— «Regeneración de la Monarquía», en E. Arnaldo Alcubilla y P. González Trevijano (dirs.), *En pro de la regeneración política de España,* Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 403-435.

— «Cuarenta años de Monarquía parlamentaria. (Balance)», *Revista de Derecho Político*, 101, 2018, pp. 33-64.

Vázquez, V. J., «Repudio sucesorio y utilitarismo regio. Acotaciones sobre la legitimidad en ejercicio de Felipe VI», en V. J. Vázquez y S. martín (coords.), *El Rey como problema constitucional. Historia y actualidad de una controversia jurídica. Un homenaje a Javier Pérez Royo*. Cízur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 501-522.

CAPÍTULO X

LAS RELACIONES ENTRE EL PARLAMENTO Y LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES. SISTEMA DE NOMBRAMIENTO Y CONTROL PARLAMENTARIO

Marco Antonio Simonelli
Profesor Lector de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

En la noción tradicional de separación de poderes, tal como resulta de la obra de Montesquieu, el parlamento es el único órgano legitimado para producir leyes, y es también el encargado de controlar la actuación del gobierno en la ejecución de dichas leyes[1]. Sin embargo, esta noción hace tiempo que perdió su validez.

En primer lugar, porque prácticamente todas las constituciones democráticas del siglo xx reconocen al poder ejecutivo un papel destacado en los procedimientos de elaboración de las leyes por los parlamentos[2], así como la posibilidad de adoptar decretos-ley en situaciones de extraordinaria urgencia y necesidad[3] y de recibir una delegación del

[1] Montesquieu, *De l'ésprit des lois* (1748), Paris, Dalloz, 1958, pp. 399-410.

[2] Para un estudio comparado *vid*. C. Vintzel, *Les armes du gouvernement dans la procédure législative. Etude comparée: Allemagne, France, Italie*, *Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2011.

[3] *Vid*. Art. 77(1) Constitución italiana; Art. 86 Constitución española. Una excepción relevante se encuentra en Francia, ya que la Constitución de 1958, contrariamente a las dos constituciones precedentes (las de 1870 y 1946), no faculta al Gobierno para adoptar decretos ley.

parlamento para adoptar normas con fuerza de ley que regulen materias especialmente técnicas y complejas[4]. Una rápida mirada comparada sobre los poderes normativos del ejecutivo en las constituciones europeas obliga a concluir que, en la democracia constitucional contemporánea, el papel del ejecutivo no encaja en la tripartición clásica elaborada por Montesquieu, ya que no puede ser considerado un mero ejecutor de las leyes parlamentarias[5].

La separación de poderes se ha visto difuminada también por la difusión, en los años inmediatamente sucesivos a la Segunda Guerra Mundial, de un fuerte poder contramayoritario, es decir, un tribunal constitucional facultado para llevar a cabo un control de constitucionalidad de las leyes y para anularlas en caso de incompatibilidad con el texto constitucional. Estas instituciones tuvieron tanto éxito que, durante la segunda mitad del siglo XX, los jueces constitucionales europeos empezaron a modelar el sistema político en condiciones de igualdad respecto a los poderes legislativo y ejecutivo, mediante la asunción de un papel de legisladores negativos[6]. Como han destacado algunos autores, especialmente norteamericanos[7], este traspaso de poder de los parlamentos elegidos democráticamente a los jueces no elegidos y que no rinden cuentas, habría acabado erosionando el componente democrático de la democracia constitucional contribuyendo así al declive del papel de los parlamentos como legisladores.

Finalmente, un tercer elemento que ha aparecido en las últimas dos décadas para erosionar el monopolio normativo del parlamento es la llamada «gobernanza tecnocrática»[8]. De hecho, la trascendencia de estas instituciones en los ordenamientos jurídicos contemporáneos ha llegado a ser tal que algunos autores las consideran como una cuarta rama del poder.[9] Estos órganos, frecuentemente denominados autoridades independientes, ejercen en las democracias contemporáneas las funciones más diversas —desde la regulación de los mercados financieros hasta el monitoreo de las elecciones— y su único mínimo común denominador parece ser la falta de legitimación democrática directa.

---

[4] *Vid*. Art. 38 de la Constitución francesa; Art. 76 de la Constitución italiana; Art. 82 de la Constitución española.

[5] S. Fabbrini, S. Vassallo, *Il governo. Gli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

[6] Hasta el punto de que el siglo XX también ha sido bautizado como el «siglo de la justicia constitucional», en contraste con el siglo XIX, considerado habitualmente como el siglo de los «parlamentos». *Vid*. D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien 1992.

[7] *Vid*. sobre todo: A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of* Politics, New Haven, Yale University Press, 1986; R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism,* Boston, Harvard University Press, 2007.

[8] F. Vibert, *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

[9] *Vid*. en particular, M. Tushnet, *The New Fourth Branch. Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

En razón de esta característica, y a pesar de que deban considerarse elementos fundamentales de la sofisticada versión contemporánea del Estado de derecho[10], la proliferación de estas autoridades ha sido identificada como una de las principales causas que han alimentado el descontento hacia la democracia representativa[11], ya que habría contribuido a reducir los ya escasos espacios reservados a la deliberación parlamentaria, exacerbando los preexistentes problemas de representatividad del sistema político[12].

A partir de estas consideraciones, este capítulo pretende investigar el papel del poder legislativo en la selección de los miembros y en el control de las autoridades independientes con dos distintos objetivos. En primer lugar, a través un análisis comparado, identificar el nivel de implicación de las asambleas legislativas en la designación y control de estas autoridades. Segundo, determinar si el tipo de relación que se establece entre estas autoridades y el parlamento puede servir para aclarar la naturaleza jurídica de aquellas y, por ende, ser un criterio útil para trazar unas líneas claras de distinción dentro de la borrosa categoría compuesta por los organismos y las instituciones genéricamente denominadas autoridades independientes.

Para alcanzar estos objetivos, el texto se articulará como sigue. La sección 2 establece el marco teórico del trabajo, identificando las distintas razones que han determinado el éxito de estas autoridades en el constitucionalismo contemporáneo. Las secciones 3 y 4 llevan a cabo una breve reseña comparativa entre los principales Estados miembros de la UE en relación con los modelos de nombramiento y responsabilidad de las autoridades independientes, focalizándose en el papel de los parlamentos nacionales. La sección 5 se dedica a la experiencia española y el debate doctrinal sobre la naturaleza de las autoridades independientes. La sección 6 se exponen las conclusiones del estudio para intentar evidenciar los desafíos que plantean estas autoridades.

---

[10] Según el *Rule of Law Index*, elaborado por el *World Justice Forum*, la limitación del poder del gobierno por el parlamento, el poder judicial, y las autoridades independientes constituye el primer criterio para evaluar el estado de derecho. Sobre el punto, *vid*. J.M. Castellà, «La Aportación de la Comisión de Venecia a la Preservación del Estado de Derecho», en *Revista General de Derecho* Constitucional, 2023, pp. 26-27.

[11] Este descontento ha sido fomentado por los movimientos populistas en particular en Europa del Este, que supuestamente pretendían llenar este vacío reafirmando la centralidad de la voluntad popular. *Vid*. D. Kosař, J. Baroš, P. Dufek, «The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism», en *European Constitutional Law Review*, 2019, pp. 427-461.

[12] En cambio, en la doctrina constitucionalista española, se encuentran atentas reflexiones sobre la posible afectación de la potestad del gobierno de dirección de la administración pública reconocida por el art. 97 de la Constitución, causada por la proliferación y excesiva independencia de estas autoridades. *Vid*. entre muchos otros: A. Rallo Lombarte, *La constitucionalidad de las autoridades independientes*, Madrid, Tecnos, 2002; M. Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2000.

Antes de adentrarnos en el análisis, es oportuno delimitar preliminarmente el alcance de nuestra investigación y hacer algunas puntualizaciones metodológicas. En primer lugar, resulta necesario, por razones de coherencia en los resultados, precisar que nuestro análisis se limitará a los países con forma de gobierno parlamentaria, donde el papel del parlamento en relación con las autoridades independientes de supervisión y regulación cumple con finalidades distintas respecto a los sistemas presidenciales, en particular en cuanto a la necesidad de dotar de legitimación democrática a estas autoridades a través la asamblea legislativa y a la participación de la oposición en la designación de los miembros de las autoridades[13]. En particular, el análisis se centrará en las autoridades independientes de regulación y supervisión en los principales países europeos con forma de gobierno parlamentaria, Alemania, España, Francia[14] e Italia.

En segundo lugar, con el objetivo de obtener resultados más homogéneos se ha decidido enfocar el análisis sobre un número limitado de autoridades. En relación con las autoridades independientes con funciones de regulación se analizarán los sistemas de nombramiento y de rendición de cuentas de las autoridades reguladoras de la competencia. En cambio, en el ámbito de las autoridades de supervisión, se tomará como caso de estudio el sistema de nombramiento y de fiscalización de las autoridades del sector audiovisual[15]. A este respecto, es oportuno precisar que en algunos países —entre otros Alemania— la autoridad de supervisión de los contenidos audiovisuales es distinta de la autoridad que regula los aspectos técnicos de las telecomunicaciones, como por ejemplo la asignación de frecuencias de emisión. En el marco del presente capítulo se considerarán solamente aquellas autoridades que tengan como función principal garantizar la libertad de expresión e información en los medios de comunicación, asegurando el pluralismo político y actuando como freno a un uso propagandístico de los medios públicos por parte de la mayoría de turno[16].

---

[13] S. Alemán Merlo, J.M. Castellà Andreu, «El nombramiento de las autoridades independientes. Lecciones a partir de la experiencia española y europea», en *I·CON*, (2022), p. 1528.

[14] En cuanto a los problemas relativos al control parlamentario sobre el ejecutivo, las debilidades de la *Assemblée nationale* son esencialmente las mismas que las de los parlamentos en regímenes parlamentarios «puros».

[15] A este respecto, resulta oportuno precisar que aunque estén presentes en todos los países de la Unión Europea, excepto Alemania y República Checa, y a pesar de que algunos autores los consideren como autoridades independientes de supervisión, se ha preferido no escoger los consejos judiciales a raíz de la especial vinculación que tienen con el poder judicial, que sugiere tratarlas como instituciones *sui generis.* Más detenidamente sobre la naturaleza de contrapoderes de los consejos judiciales véase el capítulo de Alemán Merlo en este libro.

[16] En cualquier caso, no se analizará la composición e independencia de los órganos directivos de las emisoras públicas en tanto se trata más órganos directivos de empresa que de organismos públicos con poderes de supervisión y control.

Por último, parece oportuno también precisar que con la expresión «control parlamentario» se entienden aquí todas aquellas actividades parlamentarias orientadas a asegurar la rendición de cuentas de las autoridades independientes de regulación y supervisión. Esta noción abarca tanto la rendición de cuentas en sentido estricto, es decir los instrumentos sancionadores —como la posibilidad de causar el cese del mandato de los miembros de la autoridad—, como las actividades de «soft accountability» tales como los informes anuales y la celebración de comparecencias parlamentarias. De hecho, el control parlamentario no debe entenderse dirigido exclusivamente a la fiscalización y sanción de los distintos actores, sino que debe entenderse orientado a una doble finalidad: por un lado, salvaguardar el principio de representación y, por otro, garantizar la transparencia de las actividades de estas autoridades[17]. A este respecto, dado que uno de los principales factores capaces de influir sobre la efectividad del control parlamentario es su carácter mayoritario —es decir, que los instrumentos de control sean utilizables solamente por la mayoría parlamentaria— que relega la oposición a un papel subordinado, se pondrá particular atención al tipo de mayoría requerida para activar los mecanismos de rendición de cuentas.

2. BREVE HISTORIA DE LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES

Como se anticipaba en la introducción, las autoridades independientes son una invención relativamente reciente en el derecho constitucional, ya que empezaron a instaurarse recién hacia el final del siglo XIX en Estados Unidos[18]. Esencialmente, la razón que empujó a la creación de estas autoridades fue una toma de conciencia de las ineficiencias del sistema político —consecuencia de la partitocracia y de la intensa práctica de *spoils system* en la administración pública por parte del vencedor de las elecciones— en la regulación de sectores económicos de interés general, como las telecomunicaciones, el sector banquero, o los transportes[19]. Por tanto, en lugar de incrementar los poderes del ejecutivo, se optó por una solución institucional que abría una fisura en la tradicional separación de poderes: la creación de autoridades independentes con funciones de regulación. Estas autoridades, externas tanto al ejecutivo como sustraídas a la lógica mayoritaria del Congreso,

---

[17] P. Avril, «L'introuvable contrôle parlementaire (suite)», en *Jus Politicum. Autour de la notion de Constitution*, 3, 2009, p. 6.

[18] *Vid*. A. Sajo, «Independent Regulatory Authorities as Constitutional Actors: A Comparative Perspective», *Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eövös Nominatae - Sectio Iuridica*, 2007, pp. 9-10.

[19] M. Shapiro, «The problems of independent agencies in the United States and the European Union», *Journal of European Public* Policy, 1997, 279.

se sitúan entre las dos ramas políticas, razón por la cual la doctrina norteamericana las ha venido considerando como un cuarto poder[20].

Las autoridades creadas en Estados Unidos a principio del siglo xx, destacadamente la *Board of Governors* de la *Federal Reserve* (1913) y la *Federal Trade Commission* (1915), se caracterizan por ser nombradas por el Presidente de Estados Unidos con el consentimiento del Senado, es decir con el mismo procedimiento de *advice and consent* previsto para los jueces federales[21]. De forma parecida a estos, los miembros de estas autoridades gozan de garantías de independencia personal y de estabilidad en el mandato, pudiendo ser cesados por el Presidente solamente por una lista de motivos tasados[22]. Al mismo tiempo, estas autoridades reciben poderes regulatorios por delegación del Congreso y esta circunstancia, junto con la participación del Senado en el nombramiento, más el hecho de que la mayoría de estas autoridades tengan una composición bipartidista por estatuto[23], hace que históricamente hayan sido consideradas por la doctrina estadounidense como agentes del Congreso[24]. Este modelo fue seguido también durante los años del New Deal con la creación de agencias como la *Federal Communications Commission* (1934) y la *U.S. Securities and Exchange Commission* (1934), y sucesivamente en los años setenta, cuando se asistió a una nueva oleada de estas agencias con la institución de la *Consumer Product Safety Commission* (1972), la *Federal Election Commission* (1975), y la *Federal Energy Regulatory Commission* (1977)[25]. Finalmente, cabe destacar que estas autoridades no deben ser confundidas con las varias agencias instituidas en el seno de la organización presidencial, que carecen de poderes regulatorios y están plenamente sujetas al control presidencial y se encuentran incardinadas en la estructura departamental del ejecutivo[26] y, por tanto, no pueden ser consideradas autoridades independientes.

---

[20] *Ibid*., p. 11.

[21] Para una detallada historia del proceso de creación de las autoridades independientes reguladoras en las primeras décadas del siglo xx: M. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, Princeton University Press, 1955.

[22] A. Betancor Rodriguez, *Las Administraciones Independientes*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 33-34.

[23] M.J. Breger, G.J. Edles, *Independent Agencies in the United States: Law, Structure, and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 95-97.

[24] M. Shapiro, «The problems of independent agencies in the United States and the European Union», *op. cit.*, p. 287.

[25] Sin embargo, ya a partir de los años setenta, bajo la presidencia Reagan, se pueden apreciar intentos por parte del ejecutivo de controlar más estrictamente la actividad de las agencias independientes reguladoras, en particular obligándolas, a través de Órdenes ejecutivas, a coordinar sus actividades de regulación con la política presidencial. Más extensamente sobre esta cuestión, *vid*. E. Vírgala Foruria, *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 51-52.

[26] *Ibid*., p. 40.

En Europa, las autoridades independientes reguladoras tardaron más en afirmarse. Solamente hacia el final del siglo xx, en los años ochenta, y como consecuencia de las políticas de privatización emprendidas en amplios sectores de la economía precedentemente sujetos a monopolio público, las democracias europeas —occidentales— empezaron a dotarse de autoridades reguladoras competentes para regular sectores como la competencia, las comunicaciones o los mercados financieros. En otras palabras, con el fin del estado del bienestar, el Estado pasa de ser actor directo a árbitro en los mercados, a través de autoridades independientes con funciones de regulación.

A la proliferación de estas autoridades contribuyó también el impulso por parte de la Unión Europea que, con el objetivo de aislar del circuito de la decisión política la toma de decisiones con efectos visibles a largo plazo o impopulares[27], ha ido abriendo un proceso de armonización de las autoridades de regulación en sectores cruciales de las economías, mediante la confianza a estos órganos, independientes y autónomos de los poderes políticos, de la tarea de implementar el derecho de la UE[28]. A pesar de la existencia de un marco legislativo europeo, este se ha ocupado poco de la concreta configuración institucional de estas autoridades, y se ha limitado a afirmar el principio de independencia de los reguladores nacionales, pero dictando normas detalladas sobre ciertos aspectos procedimentales y sobre la independencia respecto a los actores privados que operan en el sector[29]. Debido a esta vaguedad, se pueden encontrar en los países europeos significativas diferencias entre las distintas autoridades de este tipo en cuanto a la estructura y sus funciones, pudiéndose solamente afirmar que el rasgo que las une a todas es la finalidad de asegurar que aquellas decisiones de interés general caracterizadas por un alto de grado de tecnicismo se adopten por sujetos expertos aislados del circuito político[30].

Junto a este tipo de autoridad independiente se encuentra en las democracias contemporáneas un segundo tipo de autoridades, comúnmente denominadas de supervisión o de control. El prototipo de estas autoridades sería, según una parte de la doctrina[31], la corte constitucional del modelo kelseniano, el primer órgano en romper con la tradi-

---

[27] D. Majone, «Europe's «Democratic Deficit»: the Question of Standards», en *European Law Journal*, 1998, p. 10.

[28] S. De Somer, «The Europeanisation of the Law on National Independent Regulatory Authorities from a Vertical and Horizontal Perspective», *Review of European Administrative Law*, 2012, pp. 96-97.

[29] D. Coen, M. Thatcher, «Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencie», *Journal of Public Policy*, 2008, p. 54.

[30] C. Sartoretti, V. De Folco, «Le autorità amministrative indipendenti in un'indagine comparata. Argomentazioni su problematiche contemporanee», *DPCE Online*, 2021, pp. 27-28.

[31] M. Tushnet, «Institutions protecting constitutional democracy: Some conceptual and methodological preliminaries», en *University of Toronto Law Journal*, 2020, pp. 97-98.

cional tripartición de los poderes[32], y que tiene como función principal servir de freno al poder de la mayoría. Similarmente, estas autoridades tienen encomendada la tarea de fiscalizar y, en su caso, sancionar usos ilegítimos de los poderes y funciones institucionales, en particular por parte de la mayoría de turno[33]. En otras palabras, estas autoridades forman parte de la compleja red de instituciones públicas, compuesta en primer lugar por el poder judicial y el tribunal constitucional, que aseguran la que O'Donnell llama *horizontal accountability* de los gobernantes y contribuyen a asegurar la sujeción de estos últimos a la ley y la Constitución[34].

En un primer momento, la creación de autoridades de supervisión fue impuesta por los países europeos a las antiguas colonias durante el proceso de descolonización tras el final de la Segunda Guerra Mundial[35]. En el intento de fortalecer el sistema constitucional frente a posible derivas autoritarias, los países europeos impulsaron la introducción en las nuevas constituciones en África, Asia y Caribe de autoridades independientes: en ámbito de la administración pública, como las agencias anticorrupción; del poder judicial, a través la creación de consejos judiciales; y en el ámbito electoral, como las comisiones electorales[36]. Si se exceptúan los consejos judiciales, solamente hacia el final del siglo xx, durante las transiciones democráticas en los países de Europa Central y Oriental, la difusión de estas autoridades empezó a interesar de forma significativa también al viejo continente.

Las organizaciones internacionales que supervisaron e ofrecieron asistencia constitucional en estos procesos de transición, y en particular la Unión Europea[37], fomentaron la creación de autoridades de supervisión debido a la convicción que en contextos de escasa tradición democrática, caracterizados por legislaturas, partidos y sociedad civil débiles, estas instituciones representan una forma más eficaz de abordar la corrupción, construir una cultura de respeto a los derechos humanos y fortalecer el sistema constitucional frente a posibles derivas autoritarias. En cambio, en las democracias europeas más antiguas, la difusión de estas autoridades ha sido bastante limitada, y muchas de las

---

[32] En las formas de gobierno parlamentarias, en realidad, la propia posición institucional del jefe de Estado no encajaría bien en la *trias politica.*

[33] T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 2018, p. 192.

[34] G. O'Donnell, «Delegative Democracy» en *Journal of Democracy*, 1994, pp. 55-69.

[35] E. Bulmer, *Independent Regulatory and Oversight (Fourth-Branch) Institutions*, International IDEA Constitution-Building Primer núm. 19, 2019, pp. 9-10, en: *https://www.idea.int/sites/default/files/publications/independent-regulatory-and-oversight-institutions.pdf* (última consulta realizada el 1 septiembre 2023).

[36] También las posteriores transiciones democráticas en América Latina fueron acompañadas de una proliferación de instituciones independientes de regulación y supervisión.

[37] S. Suteu, «The Populist Turn in Central and Eastern Europe: Is Deliberative Democracy (Part of) the Solution?», en *European Constitutional Law Review*, 2019, pp. 6-7.

funciones que las constituciones más recientes atribuyen a autoridades independientes de supervisión, como por ejemplo el monitoreo de las elecciones, son ejercidas por órganos ejecutivos, como es el caso en Alemania e Italia, o por el órgano de justicia constitucional, como en Francia[38].

Dicho esto, no se puede evitar constatar una tendencia a nivel comparado hacia una mayor presencia de autoridades independientes especializadas en la fiscalización y el control, de manera que es posible hoy hablar de estas instituciones como una garantía fundamental del Estado de Derecho.

A raíz de las dos distintas funciones que cumplen, no puede entonces sorprender que no exista un término estándar y universalmente aceptado para referirse al conjunto de las autoridades independientes. Recientemente se ha empezado a referirse a estas autoridades como «instituciones del cuarto poder»[39], ya que, como se ha intentado subrayar, no encajarían en la tripartición clásica de los poderes del Estado. Sin embargo, hasta los mismos proponentes de esta definición cuestionan si estas instituciones pueden efectivamente representar un «poder» independiente y autónomo, y si no sería más acertado en cambio considerarlas simplemente un acervo de instituciones funcionalmente distintas[40]. Otra etiqueta que se ha utilizado para referirse a estas autoridades es la de «instituciones que protegen la democracia constitucional» (*Institutions protecting constitutional democracy*), que aparece en el capítulo 9 del Constitución de Sudáfrica de 1996. Esta definición sin embargo presenta el inconveniente de referirse solamente a las autoridades de supervisión y control[41], dejando fuera a aquellas autoridades que tienen funciones meramente reguladoras. De entre todas las posibles definiciones, el presente capítulo se acogerá entonces a la definición amplia de «autoridades independientes de regulación y supervisión»[42]. Este término es útil porque hace hincapié en la natu-

---

[38] Para una reseña comparada de los poderes «adicionales» asumidos por los tribunales constitucionales véase: T. Ginsburg, Z. Elkins, «Ancillary Powers of Constitutional Courts», en *Texas Law Review*, 2009, pp. 1431-1461.

[39] Este término puede inducir a error, ya que en muchos países los medios de comunicación, la administración pública o incluso la sociedad civil suelen denominarse «cuarto poder».

[40] M. Tushnet, «Institutions protecting constitutional democracy», *op. cit*., núm. 31, pp. 105-106.

[41] Las instituciones incluidas en el capítulo 9 son: el Ministerio Fiscal; Protector Público; la Comisión Sudafricana de Derechos Humanos; la Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos de las Comunidades Culturales, Religiosas y Lingüísticas; la Comisión para la Igualdad de Género (CGE); el Auditor General; la Comisión Electoral Independiente; y una Autoridad Independiente para la regulación de los medios de comunicación. Para un comentario sobre el capítulo 9 de la Constitución de Sudáfrica, *vid*.: C. Murray, «Human Rights Commission *et. al*.: What is the Role of South Africa's Chapter 9 Institutions?», en *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 2006, pp. 121-147.

[42] Esta definición se inspira en la utilizada por primera vez por Ackerman, que definió el conjunto de estas autoridades «instituciones electorales, de integridad y reguladoras». *Vid*. B.

raleza institucionalmente independiente de estas instituciones, junto con sus funciones reguladoras y/o de supervisión (más que ejecutivas, legislativas o judiciales), y deja abierta la posibilidad de identificar subcategorías que utilicen como criterio el tipo de funciones desempeñadas por el organismo.

Al intentar pues poner en relación el papel de estas autoridades independientes en los sistemas constitucionales con las funciones de las asambleas legislativas es posible observar lo siguiente. Por un lado, las autoridades de regulación, que asumen competencias exclusivas en la regulación de amplios sectores de la sociedad y de la economía, alejan la toma de decisiones de relevancia pública del control parlamentario, problema que se agudiza particularmente en sistemas parlamentarios. Con respecto a estas, por tanto, la necesidad de un control parlamentario sobre las actividades de la autoridad independiente parece que debería ser más intensa, sobre todo cuando estas autoridades sean efectivamente independientes del gobierno. Por otro lado, las autoridades de supervisión desempeñan una función más marcadamente contramayoritaria, por lo que en la búsqueda de un equilibrio entre independencia y responsabilidad, la balanza debería inclinarse más decisivamente hacia la independencia, como ocurre en el caso de los jueces constitucionales. Asimismo, análogamente a los tribunales constitucionales, respecto a las autoridades de supervisión parece imponerse la necesidad de un sistema de nombramiento que las dote de la necesaria legitimidad democrática para poder ejercer de forma efectiva la función de contrapoder.

3. LA REGULACIÓN DE LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES EN ALEMANIA, FRANCIA E ITALIA

Al empezar nuestro análisis por las autoridades de regulación de la competencia, cabe ante todo señalar como con la Directiva 2019/1, se ha inaugurado un proceso de armonización de la estructura de las autoridades de regulación de la competencia con vistas a fortalecer su independencia[43]. Pese a este objetivo, el texto de la Directiva deja amplios márgenes a los Estados Miembros en cuanto al sistema de nombramiento de la autoridad, limitándose a afirmar que estos deberán garantizar que los miembros de la autoridad no puedan aceptar ins-

---

Ackerman, «The new separation of the powers», en *Harvard Law Review*, 2000, pp. 633–729. La definición ha sido sucesivamente utilizada por el repositorio de textos constitucionales *Constitute Project*. *Vid*. *https://www.constituteproject.org/topics?lang=en*.

[43] PE/42/2018/REV/1, Directiva 2019/1 de 11 de diciembre 2018, *encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior*.

trucciones por parte del gobierno[44], y que «los miembros del órgano decisorio de las autoridades administrativas nacionales de competencia serán seleccionados, contratados y nombrados con arreglo a unos procedimientos claros y transparentes establecidos de antemano en el Derecho nacional»[45].

De la misma manera, la Directiva no contiene prescripciones rígidas en cuanto a los instrumentos de fiscalización a disposición de los parlamentos nacionales. En primer lugar, al afirmar que «[l]a independencia operativa de las autoridades administrativas nacionales de competencia no debe excluir el control jurisdiccional ni una supervisión parlamentaria conforme a al Derecho nacional», y seguidamente al precisar que constituyen instrumentos de rendición de cuentas «proporcionados» la publicación de informes periódicos por parte de la autoridad y la posibilidad por parte del parlamento o del gobierno de controlar los gastos financieros de la autoridad, «siempre y cuando ello no afecte a su independencia»[46]. En definitiva, la Directiva parece más preocupada de garantizar la autonomía funcional de las autoridades de regulación de la competencia que de asegurar que los parlamentos nacionales puedan participar en los procedimientos de selección o tengan adecuados instrumentos de fiscalización[47]. Por tanto, a pesar de que estas autoridades hayan sido objeto de un proceso de armonización, este ha interesado principalmente sus poderes y funciones[48], y en consecuencia los sistemas de nombramiento varía significativamente de país a país.

En Alemania, el Presidente y los miembros del *Bundeskartellamt*, la autoridad federal de competencia, son nombrados por el Ministro Federal de Economía y Acción Climática, y su ley de creación declara expresamente que el *Bundeskartellamt* es asignado a dicho ministerio[49]. Particularmente relevante para garantizar la independencia del *Bundeskartellamt* es la previsión de que el Presidente y los miembros sean nombrados de por vida y deban ser jueces o funcionarios públicos de alto rango[50].

---

[44] *Ibid*., art. 4(2)*b*.

[45] *Ibid*., art. 4(4).

[46] *Ibid*., Considerando 22.

[47] Para un comentario sobre la Directiva *vid*., W.P.J. Wils, «Independence of Competition Authorities: The Example of the EU and Its Member States», en *World Competition. Law and Economics Review*, 2019, pp. 149-169.

[48] S. Alves, J. Capiau, A. Sinclair, «Principles for the Independence of Competition Authorities» en C*ompetition Law International Journal*, 2015, pp. 13-14.

[49] *Vid*. Art. 51(1)*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB Bundesgesetzblatt (2013), p. 1750, 3245). Disponible en traducción al inglés en el sitio web del Ministerio de justicia alemán: *https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html* (última consulta realizada el 1 septiembre 2023).

[50] *Vid. Ibid.*, art. 51(4).

En Francia, la Autoridad de la Competencia (*Autorité de la Concurrence*) está compuesta por un Presidente, nombrado por el Presidente de la República a propuesta de las comisiones parlamentarias competentes de la Asamblea Nacional y el Senado, y otros dieciséis miembros nombrados por el Presidente de la República previa propuesta del Ministro de Economía. La discrecionalidad del ejecutivo en la selección de los candidatos se ve fuertemente limitada por la previsión de que seis miembros deben ser jueces, incluso jubilados, de órganos jurisdiccionales superiores; cinco deben ser personas con experiencia en asuntos económicos, de competencia o de consumo y cinco deben ser personas que ejerzan o hayan ejercido su actividad en los sectores de la producción, la distribución, la artesanía, los servicios o las profesiones liberales. El mandato de todos los miembros dura cinco años y no es renovable, a excepción del Presidente, que puede ser renovado una vez[51]. Los miembros de la autoridad, como los miembros de todas las autoridades independientes francesas, gozan de una irrevocabilidad reforzada: además de poder ser removidos solamente por las causas de incompatibilidad expresamente previstas por la ley, en virtud de una consolidada jurisprudencia del *Conseil d'État*[52], el límite de edad no es oponible a los miembros durante su mandato.

La autoridad italiana de competencia, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), está encabezada por un Presidente e integrada por otros dos miembros, todos ellos nombrados a través un acuerdo de los presidentes de las dos cámaras. El mandato del Presidente y de los miembros dura siete años y no es renovable[53]. En cuanto a las garantías de inamovilidad, la ley no dicta disposiciones específicas[54]. En este sentido, la doctrina italiana parece centrada en excluir la revocación por motivos políticos[55], pero en cambio deja abierta la posibilidad del parlamento de revocar un miembro por negligencia grave, siguiendo el mismo procedimiento del nombramiento[56].

---

[51] *Vid*. Art. 95 Ley núm. 2008-776 du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie*.

[52] El *Conseil d'État* francés considera, de hecho, la irrevocabilidad como requisito mínimo «sans exception»de la independencia de las autoridades independientes. *Vid*. Conseil d'Etat, *Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes*, 291, en: *https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/les-autorites-administratives-independantes-rapport-public-2001*, (última consulta realizada el 1 septiembre 2023).

[53] *Vid*. art. 10(2), legge 10 ottobre 1990, núm. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

[54] Esta laguna normativa se extiende a todas las autoridades independientes con excepción de la Banca d'Italia y de la Comisión de regulación de los mercados financieros (CONSOB). *Vid*. S. Foà, «La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo», en *Federalismi*, núm. 54, 2020, pp. 75-77.

[55] Sobre los problemas que derivan de esta falta de precisión normativa *vid.* G. Grasso, *Le Autorità Amministrative Indipendenti della Repubblica. Tra Legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 36-37.

[56] S. Foà, «La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo», *op. cit*., pp. 77-78.

En cuanto a los mecanismos de control parlamentario sobre estas autoridades, los instrumentos a disposición de cada asamblea son esencialmente los mismos. En el caso de Alemania, a pesar de ser una de las dos autoridades que gozan de autonomía funcional en el sistema constitucional alemán —la otra es la *Bundesbank*—[57] los miembros del *Bundeskartellamt* tienen que rendir cuentas al Ministro de economía. Por tanto, los mecanismos de responsabilización de que dispone el *Bundestag* son los instrumentos ordinarios para fiscalizar la actividad del gobierno. En este sentido cabe subrayar que las obligaciones de informar al gobierno sobre la actividad del *Bundeskartellamt* —y de las demás autoridades de regulación y supervisión— recae exclusivamente sobre el ministro competente.

En Francia, el Presidente de la *Autorité de la Concurrence* puede ser oído en las comisiones parlamentarias competentes en materia de competencia y tendrá que informarlas sobre las actividades de la Autoridad a petición de estas. Además, la ley prevé la obligación de la autoridad de elaborar un informe público sobre sus actividades antes del 30 de junio de cada año, y remitirlo al Gobierno y al Parlamento[58].

En cuanto a la AGCM italiana, es interesante destacar que está obligada a reportar semestralmente al parlamento sobre el cumplimiento por parte de los miembros del gobierno de las normas que disciplinan los conflictos de intereses de tipo económico[59]. Para el resto de los asuntos de su competencia, la AGCM tiene que dar reporte por lo menos anualmente al gobierno, y este se encargará de tramitar los informes al parlamento en un plazo de treinta días[60].

Pasando a analizar los sistemas de nombramiento de las autoridades de regulación de los medios de comunicación, procede preliminarmente destacar que sobre este tema existe una amplia doctrina de la Comisión de Venecia, que ha identificado algunos rasgos del dibujo institucional de estas autoridades capaces de asegurar su buen funcionamiento. En primer lugar, la Comisión de Venecia afirma que, a pesar de que «no exista un único modelo europeo de organización de las autoridades reguladoras de los medios de comunicación», el principio general que debería regir es que la autoridad que monitorea los medios sea independiente e imparcial[61]. En cuanto al sistema de nombramiento, la Comisión de Venecia se inclina decididamente por un modelo en el

---

[57] J. Werner, *OECD Country Report Germany. The Governance of Public Agencies and Authorities*, 2001, en *https://www.oecd.org/gov/budgeting/2730579.pdf*, (última consulta realizada el 1 septiembre 2023).

[58] *Vid*. art. 95 Ley núm. 2008-776.

[59] *Vid*. art. 8, comma 1 della legge 20 luglio 2004, núm. 215.

[60] *Vid*. art. 23(1), legge 10 ottobre 1990, núm. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

[61] CDL-AD(2020)013, Albania - *Opinion on draft amendments to the Law núm. 97/2013 on the Audiovisual Media Service*, pp. 34-36.

que esté presente un elemento de autogobierno[62]. Esto significa que la comunidad de los medios de comunicación y la industria de las telecomunicaciones deberían poder nombrar o delegar a representantes en las autoridades independientes, ya que ello garantizaría el pluralismo y la neutralidad de la autoridad[63]. Sobre este punto, la Comisión ha aclarado que deberían adoptarse normas detalladas que impidan los conflictos de intereses.

Si, por el contrario, se opta por un modelo en el que la composición del organismo esté influenciada políticamente, el sistema de nombramiento deberá garantizar la diversidad política y la representación de los distintos grupos sociales que componen la sociedad, evitando en cualquier caso que la mayoría de turno pueda determinar la composición del órgano[64]. En general, una lectura de las opiniones de la Comisión de Venecia, y de documentos de otros órganos del Consejo de Europa[65], evidencia con claridad como el principal objetivo del marco legal que rige a las autoridades de supervisión y regulación de los medios de comunicación debe ser asegurar la independencia e imparcialidad de estas.

Este objetivo es compartido también por la legislación europea relativa a las autoridades de regulación del sector audiovisual, y en particular por la Directiva AVMS[66]. Esta Directiva, que enmienda la precedente de 2010, se preocupa, entre otras cosas[67], de armonizar las normas relativas a las autoridades de supervisión y regulación del sec-

---

[62] CDL-AD(2010)053rev, *Opinion on the warning addressed to the Belarusian association of journalists on 13 January 2010 by the Ministry of Justice of Belarus*, para. 58.

[63] CDL-AD(2015)015, *Opinion on Media Legislation (Act CLXXXV on Media Services and on the Mass Media, Act CIV on the Freedom of the Press, and the Legislation on Taxation of Advertisement Revenues of Mass Media) of Hungary*, para. 64.

[64] *Ibid*., para. 65.

[65] *Vid*. por ejemplo: Committee of Ministers, Recommendation Rec(1996)10 *on the guarantee of the independence of public service broadcasting,* 11 septiembre 1996; Committee of Ministers, Recommendation Rec(2000)23 on the independence and functions of regulatory authorities for the broadcasting sector, 20 diciembre 2000; Committee of Ministers, *Declaration on the independence and functions of regulatory authorities for the broadcasting sector*, 26 marzo 2008; Committee of Ministers, Recommendation CM/Rec(2018)1 *to member states on media pluralism and transparency of media ownership*, 7 marzo 2018. Para un comentario de todos estos documentos *vid*.: K. Irion *et al., The independence of media regulatory authorities in Europe*, Strasbourg: European Audiovisual Observatory, 2019, en: *https://book.coe.int/en/european-audiovisual-observatory/8133-iris-special-2019-1-the-independence-of-media-regulatory-authorities-in-europe.html*, (última consulta realizada el 1 septiembre 2023).

[66] Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, *por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado*.

[67] Los contenidos de la Directiva son muchos más amplios, sobre todo establece una nueva definición de servicio audiovisual que incluya las plataformas digitales. Para un comentario detallado, *vid*. P. *Valcke, I. Lambrecht*, «The evolving scope of application of the AVMS Direc-

tor. El primer párrafo del art. 30 exige a cada Estado miembro designar una o más autoridades nacionales independientes. El artículo contempla expresamente la posibilidad que los Estados creen dos autoridades: una con funciones de supervisión y otra con funciones de regulación. Asimismo, el último apartado de la norma deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros cuenten con múltiples reguladores sectoriales específicos. El segundo párrafo del art. 30, en cambio, afirma que las autoridades no podrán recibir instrucciones de ningún otro organismo público, garantizando así la independencia funcional de la autoridad. A este respecto, el preámbulo del considerando 53 especifica que

> debe considerarse que las autoridades u organismos reguladores nacionales han alcanzado el grado de independencia requerido si dichas autoridades u organismos […] son funcional y efectivamente independientes de sus respectivos gobiernos y de cualquier otro organismo público o privado.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo parece dejar en las manos de los Estados Miembros la implementación de los instrumentos de rendición de cuentas de las autoridades del sector audiovisual, limitándose a recomendar que «los medios por los que rendirán cuentas» sean claramente definidos por la ley. A la luz del escueto marco legislativo europeo, no puede por tanto sorprender que sistema de nombramiento, composición e instrumentos de rendición de cuentas de las autoridades nacionales de regulación y supervisión de los medios de comunicación sean muy diversos.

En primer lugar, es oportuno destacar la peculiaridad alemana, donde la regulación y supervisión de los medios de comunicación es competencia de los dieciséis *Länder*[68] y, por tanto, cada uno de estos tiene una autoridad sectorial. Cuatro comisiones, constituidas por un tratado intraestatal entre los dieciséis Länder[69], y una Conferencia de los Directores (*Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten*),

---

tive», en Parcu, Brogi (eds.), *Research Handbook on EU Media Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, pp. 282-302.

[68] La estructura descentralizada del sistema de regulación de los medios de comunicación fue impuesta a Alemania por las potencias aliadas tras la Segunda Guerra Mundial para evitar que, a falta de operadores privados, un único actor político monopolizara el poder en los medios de comunicación. *Vid*. F. Fukuyama, A. Grotto, «Comparative Media Regulation in the United States and Europe», en Persily, Tucker (eds.), *Social Media and Democracy: The State of the Field, Prospects for Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 204-205.

[69] Estas son: Comisión de Licencias y Supervisión (*Kommission für Zulassung und Aufsicht*, ZAK); Conferencia de Presidentes de Comisión (*Gremienvorsitzendenkonferenz*, GVK); Comisión sobre las concentraciones de los Medios de Comunicación (*Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich*, KEK); Comisión para la Protección de Menores en los Medios de Comunicación (Kommission für Jugendmedienschutz, KJM). Para más en detalles sobre organización y funciones del *Medienanstalten, vid*. E.M. Potcheva, «Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual en Alemania», en Gava-

compuesta por los presidentes de las autoridades estatales, integran el *Medienanstalten,* que asegura la coordinación de las políticas al nivel federal y con las demás autoridades europeas. En cuanto al sistema de nombramiento de las autoridades estatales, las leyes estatales prevén la participación de los parlamentos locales en la designación de los miembros, que varían de un mínimo de siete hasta un máximo de cuarenta y uno. Las garantías de independencia y los instrumentos de rendición de cuentas varían significativamente en cada estado[70].

En Italia, en cambio, la regulación y supervisión de los medios de comunicación es encomendada a la *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (AGCOM), instituida por la ley 249/1997[71]. La AGCOM es dirigida por un presidente nombrado por el Presidente del Consejo, previa confirmación de la comisión parlamentaria competente con mayoría calificada de los dos tercios de los componentes[72]. Integran la autoridad otros cuatro miembros, dos elegidos por el *Senato* y dos por la *Camera dei Deputati* por mayoría simple. Como forma de asegurar la participación de la oposición en la selección de los miembros, el art. 1(3) de la ley prevé que cada diputado y senador disponga de un solo voto, por lo que resultan así elegidos los dos candidatos más votados. El mandato de los miembros de la AGCOM dura siete años y no es renovable. En cuanto a la revocabilidad, análogamente a lo mencionado respecto a la autoridad de competencia, a falta de una disciplina específica, se considera que el mandato de los miembros de la AGCOM es irrevocable[73]. En relación con los instrumentos de rendición de cuentas, la ley 249/1997 se limita a prever que la autoridad presente anualmente al parlamento y al gobierno una relación sobre el estado de los servicios y la actividad realizada[74].

En Francia, el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (CSA) es la única institución encargada de regular los contenidos televisivos y radiofónicos y de garantizar la libertad de expresión e información. Consta de nueve miembros: dos son nombrados por el presidente de la República; otros tres por el presidente del Senado; y otros tres por el presidente de la Asamblea Nacional. El mandato de los miembros

---

ra de Cara (ed.), *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 279-314.

[70] Todas estas informaciones se pueden consultar en el informe elaborado por la misma *Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten* para la *European Platform of Regulatory Authorities*, en: *https://cdn.epra.org/organisations/documents/13/original/Profile_DE_0218.pdf?1519050801*, (última consulta realizada el 1 septiembre 2023).

[71] Legge 31 luglio 1997 núm. 249, *Istituzione per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*.

[72] *Vid*. art. 2(7) *Legge 14 novembre 1995, núm. 48 Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilita'. Istituzione delle Autorita' di regolazione dei servizi di pubblica utilita'*.

[73] *Ibid*.

[74] *Ibid*., art. 2(12)(i).

dura seis años y no es renovable. Las mismas garantías fuertes de inamovilidad vistas para los miembros de la *Autoritè de la Concurrence*, se aplican también a los miembros del CSA[75]. Estas garantías de independencia se acompañan de un rígido régimen de incompatibilidades, que alcanza hasta los tres años siguientes al término del mandato, durante los cuales el antiguo miembro no podrá ejercer ningún tipo de función en empresas del sector audiovisual que se encuentren bajo la supervisión del CSA, so pena de sanciones penales[76].

En cuanto a los instrumentos de rendición de cuentas, el CSA debe referir anualmente al parlamento sobre sus actividades, pudiendo también sugerir las modificaciones legislativas que estime necesarias. Además, la ley prevé expresamente la posibilidad de que las comisiones parlamentarias celebren audiencias con los miembros de la autoridad[77].

4. LAS ANOMALÍAS DEL CASO ESPAÑOL

En uno de los primeros trabajos dedicados a las autoridades independientes en el ordenamiento jurídico español, se las definen como «administraciones que hacen de la independencia frente a directrices político-gubernamentales nota esencial de su régimen jurídico» y que responden a la necesidad «de colocar fuera de la contienda partidista determinadas funciones administrativas singulares»[78]. Esta definición, que ha sido frecuentemente retomada por la literatura constitucionalista sucesiva[79], permite evidenciar un elemento fundamental de la concepción de autoridad independiente en el sistema constitucional español, es decir que estas autoridades forman parte de la administración pública[80], y por tanto no podrían ser consideradas como organismos

---

[75] *Vid*. *supra,* núm. 52.

[76] A. Roig i Batalla, «La autoridad independiente de control de los medios de comunicación audiovisual en Francia: el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*», en Gavara de Cara (ed.), *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, *op. cit*., n. 69, pp. 269-270.

[77] *Vid*. art. 9, Ley núm. 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi núm. 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

[78] J. M. Sala Arquer, «El estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1984, pp. 410-411.

[79] *Vid*. entre muchos: S. Alemán Merlo, J.M. Castellà Andreu, «El nombramiento de las autoridades independientes», *op. cit*., pp. 1527; E. Vírgala Foruria, *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*, *op. cit*., n. 25, pp. 209-210.

[80] El enfoque sobre la necesaria incardinación en la Administración Pública ha llevado parte de la doctrina excluir del conjunto de las autoridades independientes aquellos organismos de control, como la Junta Electoral Central, que no podrían considerarse integrantes la Administración pública. *Vid*. E. Garcia Llovet, «Autoridades administrativas independientes y estado de derecho», en *Revista de Administración Pública*, 1993, pp. 90-91. Como el mismo autor hace notar, el Tribunal Constitucional en cambio, ha reconocido la naturaleza de autoridades administrativas a las Juntas Electorales. *Vid*. STC 197/1988, de 24 de octubre.

de garantías o un cuarto poder[81]. Sobre este punto es preciso además observar que no hay, en la literatura, una distinción consolidada entre las autoridades que tienen funciones reguladoras y las que tienen funciones de supervisión y control, ya que la doctrina española habla de autoridades independientes de forma genérica para referirse al conjunto de los organismos públicos que gozan de un cierto nivel de autonomía e independencia del gobierno[82].

El enfoque sobre la naturaleza administrativa de las autoridades independientes ha llevado a la doctrina a identificar un conflicto entre la necesaria independencia de estos organismos y el poder gubernativo de dirección de la Administración sancionado por el art. 97 de la Constitución, ya que si el gobierno es el responsable de la actuación de la administración pública frente a las Cortes Generales y a la comunidad, la autonomía e independencia de que gozan estos órganos, abriría un espacio de deliberación exento tanto del control gubernativo como, indirectamente, del control parlamentario, ya que los instrumentos ordinarios de control del gobierno a disposición de las Cortes no podrían ser utilizados para fiscalizar las actividades de las autoridades independientes[83]. Por otro lado, se ha observado que el art. 97 resultaría afectado también por la participación del parlamento en el nombramiento de los miembros de las autoridades independientes, ya que a través de la designación parlamentaria, los órganos se ven hasta cierto punto alejados de la dependencia gubernamental[84]. Otra critica que se ha dirigido a la designación parlamentaria de órganos públicos en los últimos años, es la de no evitar, sino más bien incentivar, la *lottizzazione* de las instituciones de control, o sea una sistemática aplicación de un reparto de cuotas de nombramientos entre las principales fuerzas políticas[85]. Ese problema se ha advertido con toda evidencia en relación

---

[81] En el mismo sentido, *vid*., E. Vírgala Foruria, *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red, op. cit*., n. 25, p. 211.

[82] Parecidas observaciones se leen en M. Salvador Mártinez, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 254-255.

[83] *Vid*. al respecto A. Rallo Lombarte, «Poderes neutrales exentos de control gubernamental: reflexiones constitucionales», en *Revista de las Cortes Generales*, 1995, pp. 105-136.

[84] A este respecto, el Tribunal Constitucional ha afirmado la constitucionalidad de la designación parlamentaria de órganos constitucionales - como el Tribunal de Cuentas y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) - haciendo referencia a la norma residual del art. 66 CE y sin considerar la posible afectación del art. 97 (STC 108/1986), por lo que la cuestión queda, por lo menos formalmente, abierta. En sentido contrario, *vid*., C. Pauner Chulvi, «La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental. Parlamento y Administraciones independientes» en *Teoría y realidad constitucional*, 2007, p. 338.

[85] La palabra *lottizzazione* se empezó a utilizar en Italia a partir de los años 70 para referirse a la práctica de reparto entre los partidos políticos de los altos cargos públicos. A diferencia del contexto español, dada la histórica debilidad de los gobiernos frente al parlamento, en Italia el problema de la *lottizzazione* se ha referido principalmente a los nombramientos de los mismos componentes del gobierno —según el casi mítico *Manuale Cencelli*— y de los cargos directivos

con el CGPJ y el Tribunal Constitucional[86], e incluso las autoridades independientes no parecen quedar exentas[87].

Pese a estos perfiles críticos, se ha asistido en las últimas décadas a un progresivo incremento de la participación parlamentaria en la designación de las autoridades independientes[88], con el intento declarado de reforzar su legitimidad democrática[89]. Así lo declara expresamente, por ejemplo, el Preámbulo de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en relación con la introducción de la facultad del Congreso para vetar a los candidatos propuestos por el Gobierno[90]. En su configuración actual, la CNMC se compone de diez miembros, ocho Consejeros, un Presidente y un Vicepresidente[91]. Todos los miembros son nombrados autónomamente por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía «previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados»[92]. La misma Comisión podrá, en un plazo de un mes natural a contar desde la comunicación de la propuesta de nombramiento, vetar el nombramiento por mayoría absoluta. En cuanto a las garantías de independencia, la ley prevé un mandato

---

de las empresas y entes públicos nombrados por el gobierno. Dada la peculiaridad del contexto político italiano, caracterizado históricamente por una elevada fragmentación, algunos politólogos han defendido la *lottizzazione* como una forma de promover el pluralismo. Al respecto, *vid*., especialmente, P. Mancini, *Elogio della lottizzazione. La via italiana al pluralismo*, Bari, Laterza, 2009.

[86] Debido al persistente bloqueo en la renovación del CGPJ por parte del Congreso, en los últimos años se han dedicado muchos estudios al nombramiento parlamentario de las instituciones de garantías, en particular respecto al CGPJ y al Tribunal Constitucional, que buscan sugerir remedios para evitar el reparto de cuotas y despolitizar los nombramientos. Entre muchos, *vid*., A. Carmona Contreras, «Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica», en *Revista de las Cortes Generales*, 2022, pp. 245-273; y en el mismo número de la revista, A. Cuenca Miranda, «La Intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos», pp. 275-303; L. Baamonde Gómez, «La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloque, el veto y la "cesta institucional"», en *Revista de Derecho Político*, 2022, pp. 71-93.

[87] Para un estudio del sistema de nombramiento de la Agencia Española de Protección de Datos y de sus aspectos problemáticos, *vid*. S. Alemán Merlo, J. M. Castellà Andreu, «El nombramiento de las autoridades independientes», *op. cit*., n. 13, pp. 1527-1537.

[88] C. Pauner Chulvi, « La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental», *op. cit*., n. 84, p. 337.

[89] Esta participación que puede consistir en un derecho de veto, en una simple comparecencia parlamentaria previa del candidato propuesto por el Gobierno, o en la previsión de la necesaria ratificación parlamentaria de los nombramientos, como en el caso de la Agencia Española de Protección de Datos y del Consejo de Seguridad Nuclear.

[90] Ley 3/2013, de 4 de junio, *de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

[91] A mayor abundamiento en relación con la organización, funciones y potestades de la CNMC *vid*. J.J. Montero Pascal, *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

[92] Ley 3/2013, art. 15.

largo de seis años sin posibilidad de reelección y que la renovación de los miembros se realice por dos tercios cada dos años, intentando así evitar que el gobierno de turno pueda «capturar» la autoridad. La ley establece, además, una lista tasadas de motivos que habilitan al gobierno a cesar un miembro del CNMC del cargo, en particular una condena por delito doloso o la hipótesis de incumplimiento grave de los deberes del cargo[93].

En relación con los mecanismos de control a disposición del Congreso, cabe ante todo destacar como la ley de creación de la CNMC afirma rotundamente que la CNMC «está sometida al control parlamentario». Esta sumisión se concreta en una comparecencia anual del Presidente ante la comisión competente del Congreso para explicar las actividades de la CNMC y las líneas directrices futuras. Asimismo, introduce la obligación no solamente de ilustrar la actividad realizada —como hacía la precedente ley— sino también de explicar los objetivos de la autoridad en las comparecencias, que puede servir como base para ulteriores debates parlamentarios y debe, por tanto, ser valorada positivamente[94]. La ley prevé igualmente que el Presidente y sus miembros deben comparecer ante la Comisión cada vez que esta lo requiera.

Finalmente, en cuanto a las funciones es imprescindible destacar como, a pesar de su denominación, la CNMC es en realidad una autoridad independiente con funciones de supervisión y regulación de numerosos sectores de economía, que van desde el transporte aéreo y ferroviario hasta los servicios de telecomunicación y postales[95]. Y, para lo que aquí más importa, la CNMC ha absorbido también las funciones de supervisión de contenido y de garantías de los derechos fundamentales de los operadores y del público precedentemente encomendadas al Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales (CEMA) —que nunca llegó a constituirse—, por lo que actúa *de facto* como autoridad independiente del sector audiovisual[96].

De hecho, la ley de creación del CNMC ha sido analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que tuvo ocasión de pronunciarse merced una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo relativa a la terminación anticipada del mandato de dos miem-

---

[93] *Ibid*., art. 23.

[94] *Vid*. J.J. Montero Pascal, *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, *op. cit.*, p. 113.

[95] Concretamente, la CNMC es el resultado de la fusión de ocho reguladores nacionales. Para más detalles, *vid*., la obra citada en la nota precedente.

[96] Obviamente, la atribución de funciones respecto a un abanico tan amplio de sectores de regulación no puede sino afectar a la efectiva competencia sectorial de los diez miembros que integran la autoridad. Sobre esta cuestión, *vid*. M. Mateu Vilaseca, «Del CEMA (Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales) a la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia): composición y funciones», en Gavara de Cara (ed.), *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, *op. cit*., n. 69, p. 70.

bros de la suprimida Comisión del Mercado de Telecomunicaciones dispuesta por ley y a la fusión en única autoridad de varios organismos sectoriales[97]. El TJUE, por un lado, afirmó que la creación de una autoridad multisectorial es en principio compatible con el Derecho de la UE —y en particular con la Directiva 2002/21/CE sobre el sector de las telecomunicaciones—[98] en tanto en cuanto ese organismo cumpla los «requisitos de competencia, independencia, imparcialidad y transparencia» establecidos por la Directiva misma[99]. Por otro lado, el TJUE concluyó que la terminación anticipada del mandato de un miembro de una autoridad independiente vulnera la independencia de la autoridad si la causa no está establecida previamente por ley y el « mero hecho» de una reforma institucional no puede justificar dicha terminación[100].

Antes de pasar a plasmar las conclusiones de esta breve reseña comparada, es oportuno detenerse un momento sobre el sistema de nombramiento del abolido CEMA. La ley 7/2010, que creó el CEMA, preveía que este estaría compuesto por nueve miembros nombrados entre personas de reconocida competencia en el sector audiovisual por el Gobierno a propuesta del Congreso - aprobada con una mayoría calificada de tres quintos (art. 49). La ley fijaba asimismo garantías personales de independencia, establecía un mandato de seis años no renovable y un estricto régimen de cese de los miembros: la revocación podía ser acordada por el Consejo de Ministros y ratificada por el Congreso por mayoría de tres quintos en tres supuestos tasados: incapacidad permanente, incompatibilidad sobrevenida e incumplimiento grave de los deberes del cargo (art. 50). La supresión de esta autoridad ha convertido España en *unicum* a nivel europeo, siendo el único Estado miembro de la UE que no tiene una autoridad sectorial de supervisión de los medios de comunicación.

5. CONCLUSIONES

La primera conclusión que es posible formular terminado el análisis de las principales experiencias europeas es que cada una presenta un diferente sistema de nombramiento, en el que el grado de participación del parlamento varía desde un máximo, cuando el parlamento designa autónomamente a todos los componentes de la autoridad, hasta su exclusión completa, pasando por un nombramiento compar-

---

[97] STJUE de 19 octubre 2016, asunto C-424/15, *Xabier Ormaetxea Garai, Bernardo Lorenzo Almendros y Administración del Estado*, EU:C:2016:780.

[98] Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, *relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (Directiva marco), en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.

[99] C-424/15, *Xabier Ormaetxea Garai*, párr. 38.

[100] *Ibid*., párr. 52.

tido. Ensanchando por un momento la mirada a los otros países de la Unión Europea, resulta imposible identificar modelos de sistema de nombramiento, y esto a pesar de la obra de armonización emprendida por la UE. Una de las causas de esta pluralidad puede encontrarse en el énfasis puesto por el legislador europeo sobre la independencia de las autoridades respecto del ejecutivo, que paralelamente parece ignorar la necesidad de dotar a estas autoridades de legitimación democrática y, por tanto, no considera necesario la participación del parlamento en la selección de los miembros de las autoridades de regulación. Dicho de otra forma, esto significa que, desde la perspectiva europea, la primera garantía de la independencia de las autoridades independientes, tanto de regulación como de supervisión, no es el sistema de nombramiento, sino las garantías de independencia vinculadas con el ejercicio del mandato, es decir, la inamovilidad[101] y los demás instrumentos que desvinculan a los nombrados de la mayoría de turno, como la previsión de un mandato no renovable superior a la duración de la legislatura y la imposibilidad de prórroga discrecional[102.]

A pesar de esta pluralidad de modelos se pueden identificar algunos rasgos comunes, tanto con respecto al papel del parlamento en la designación de los miembros de las autoridades, como a los instrumentos de los cuales disponen las asambleas legislativas de los países considerados.

En primer lugar, en el caso de la autoridad de regulación de la competencia, el papel del parlamento en el nombramiento es marginal y, de hecho, esta parece ser una característica común a las autoridades de los demás países del entorno europeo, como la autoridad de competencia polaca o de la neerlandesa *Autoriteit Consument & Markt,* cuyos miembros son nombrados exclusivamente por el gobierno. Esta configuración institucional parece derivarse de la consideración de estas autoridades como parte de la administración pública y, por tanto, jerárquicamente subordinadas al ejecutivo. La excepción en este sentido es la AGCM italiana, cuyos miembros son nombrados por los presidentes de las dos cámaras del parlamento; excepción que puede explicarse por la histórica debilidad de los gobiernos transalpinos frente al parlamento durante la llamada *prima Repubblica*, que ha permitido a este último, con el aval de la Corte Constitucional, asumir competencias que normalmente correspondían al ejecutivo[103].

---

[101] En este sentido, con especifica referencia a las autoridades independientes, *vid*. la jurisprudencia del TJUE: C-424/15, *Xabier Ormaetxea Garai*, párrafos 40-52; TJUE sentencia 08 abril 2014, asunto C-288/12, *Comisión Europea v. Hungría*, EU:C:2014:237.

[102] *Vid*., con respecto a los jueces: TJUE sentencia de 24 junio 2019, asunto C-619/18, *Comisión Europea v. Polonia*, EU:C:2019:531, párrafos 108-124.

[103] *Vid*. M. Manetti, «Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione» en *Politica del diritto*, 1997, pp. 667-668.

En el caso del nombramiento de las autoridades de supervisión del sector audiovisual, en cambio, se debe llegar a conclusiones más matizadas, ya que los casos de Alemania y España, donde no hay una autoridad reguladora sectorial de ámbito nacional, impiden sacar conclusiones generales. Si bien los estudios comparados de las autoridades audiovisuales en Europa evidencian un papel central del gobierno en el nombramiento de estas autoridades[104], lo cierto es que la experiencia alemana, donde son mayoritariamente los parlamentos estatales los que designan a los miembros de las autoridades de regulación, así como las experiencias francesa e italiana, evidencian una tendencial mayor participación del parlamento en la designación de los miembros. Una confirmación de lo anterior podría encontrarse también en el sistema de nombramiento del CEMA español, que reconocía un papel decisivo al Congreso en la designación de los miembros de la autoridad.

Con respecto a los instrumentos de control parlamentarios, la preocupación principal al instituir estas autoridades, como ya se ha repetido, ha sido garantizar su independencia y autonomía frente al ejecutivo, evitando asimismo formas de control parlamentario directo con el fin de aislar a las autoridades de la contienda partidista. Esto se traduce en que los instrumentos de control están limitados esencialmente a las comparecencias anuales ante la comisión competente o a la posibilidad de esta de oír a los miembros de las autoridades independientes. Al margen de estos, quedarían solamente los instrumentos ordinarios, y esto llama a diputados y senadores a revitalizarlos[105].

En definitiva, la regulación de las relaciones entre autoridades independientes y parlamento parece estar determinada, por lo menos en el ámbito europeo, por la naturaleza administrativa de estas autoridades. En este sentido, el actual debate sobre la naturaleza de cuarto poder de estas autoridades parece ser un caso de *lost in translation* del debate norteamericano. El contexto histórico y jurídico norteamericano, como se ha ilustrado antes, es de hecho significativamente diferente ya que el Congreso estadounidense tiene significativas potestades de control —ejercidas frecuentemente— respecto a las *independent regulatory agencies*, que son realmente órganos que encajan difícilmente en la

---

[104] Concretamente *vid*. el ya citado estudio de K. Irion *et al*., *The independence of media regulatory authorities in Europe*, *supra* nota 63.

[105] Al mismo tiempo, en una perspectiva de *jure condendo*, parece oportuno dotar a las minorías la posibilidad de fiscalizar la actuación de estas autoridades, por lo menos reconociéndoles la posibilidad de oír en la comisión parlamentaria competente los miembros de la autoridad. O, como hace la Constitución alemana (art. 44), atribuir a una minoría de diputados o senadores la posibilidad de instituir comisión de investigación. Más extensamente sobre los instrumentos de control parlamentario sobre el ejecutivo y las autoridades independientes, y su potencial, *vid*.: E. Griglio, *Parliamentary Oversight of the Executives. Tools and Procedure in Europe*, Oxford-Nueva York, Hart Publishing, 2021, en particular, pp. 45-153.

rígida separación de poderes del sistema constitucional estadounidense, al no estar incluidos en la jerarquía ejecutiva.

Al contrario, en Europa —y en España en particular— las autoridades independientes generalmente se consideran parte de la Administración, y en cuanto tales en principio deberían estar sujetas al poder direccional del gobierno. Además, la incardinación en la administración pública tiene como efecto excluir el control directo del parlamento sobre estas autoridades: la fiscalización parlamentaria tiene de hecho que pasar necesariamente por el gobierno que, sin embargo, difícilmente podrá ser considerado responsable de los actos de un organismo que es funcionalmente independiente de él, ya que se pretende que estos entes deban actuar con independencia y autonomía del ejecutivo.

En cualquier caso, la discusión sobre la naturaleza administrativa o no de las autoridades independientes —que podría ser definitivamente resuelta solo a través una regulación a nivel constitucional—[106] no debe conducir a soslayar los efectivos problemas constitucionales planteados por estas autoridades. Primero, su excesivo empoderamiento contribuye a vaciar aún más al parlamento de su función legislativa, ya que la necesidad de una regulación basada en conocimientos técnicos especializados ha conducido a extender las competencias reguladoras de estas autoridades a sectores cada vez más amplios. Segundo, las autoridades independientes ejercen también funciones de control de la actividad del ejecutivo siendo al mismo tiempo esencialmente inmunes a responsabilidades frente al parlamento, desvirtuando en ambos sentidos la función principal del parlamento que es el control y la fiscalización de la actividad del gobierno. Frente a estas problemáticas, las soluciones que se pueden aportar son diversas.

Obviamente, para ponderar el principio de representación con el principio de especialización, de manera que alcance un equilibrio que permita satisfacer la necesidad de legitimar democráticamente las decisiones públicas con la de proporcionar un alto nivel técnico de las decisiones, el nombramiento parlamentario parece ser la solución más directa, pero que sin embargo en muchos casos precisaría una reforma legislativa. Por tanto, razonando a partir del derecho vigente, la recuperación por parte del parlamento de su centralidad en la democracia constitucional parece pasar necesariamente por la revitalización de los instrumentos de que este ya dispone para controlar a las autoridades independientes. En particular se puede pensar en la comparecencia ante la comisión parlamentaria competente, como instrumento para discutir las actividades de la autoridad así como para permitir que esta

[106] En sentido análogo respecto al caso español, *vid.*, J. de Miguél Barcena, «El Consejo Estatal de Medio Audiovisuales en España: de la irrelevancia institucional a la fusión de reguladores», en Gavara de Cara (ed.), *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, pp. 94-95.

exprese su parecer sobre la actividad legislativa del parlamento, según el ejemplo del Parlamento Europeo[107]. Esta colaboración entre comisión parlamentaria y autoridad, por un lado, podría permitir que los conocimientos técnicos de que dispone la autoridad sean puestos a disposición del parlamento y sean aprovechados en el procedimiento legislativo; y, por el otro, permitiría al parlamento influir, aunque de forma no vinculante, sobre la actividad del autoridad y controlar sus actuaciones.

En conclusión, independientemente de posibles reformas legislativas o constitucionales, la construcción de una relación más estrecha entre el parlamento y las autoridades independientes pasa obligatoriamente por repensar las dinámicas institucionales y no puede prescindir de una voluntad institucional del parlamento de utilizar todos los instrumentos a su disposición, ya que la efectividad del control no depende solamente del diseño institucional sino también de la concreta aptitud del órgano llamado a ejercerlo.

6. BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B., «The new separation of the powers», en *Harvard Law Review*, 2000, 3 (113), pp. 633–729.

Alemán Merlo, S., Castellà Andreu, J. M., «El nombramiento de las autoridades independientes. Lecciones a partir de la experiencia española y europea», *I·CON*, 4 (20), 2022, pp. 1526-1537.

Alves, S., Capiau, J., y Sinclair, A., «Principles for the Independence of Competition Authorities», C*ompetition Law International Journal*, 1 (11), 2015, pp. 13-28.

Avril, P., «L'introuvable contrôle parlementaire (suite)», *Jus Politicum. Autour de la notion de Constitution*, 3, 2009, pp. 1-7.

Baamonde Gómez, L., «La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloque, el veto y la "cesta institucional"», *Revista de Derecho Político*, 113, 2022, pp. 71-93.

Bernstein, M., *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, Princeton University Press, 1955.

Betancor Rodriguez, A., *Las Administraciones Independientes*, Madrid, Tecnos, 1994.

Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of* Politics, New Haven, Yale University Press, 1986.

Breger, M. J. y Edles, G. J., *Independent Agencies in the United States: Law, Structure, and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Bulmer, E., *Independent Regulatory and Oversight (Fourth-Branch) Institutions*, International Stockholm, International IDEA, 2019.

[107] A. Eriksen, A. Katsaitis, «Accountability through mutual attunement: How can parliamentary hearings connect the elected and the unelected?», en *Public Policy and Administration*, 2020, en https://doi.org/10.1177/0952076720977606, (última consulta realizada el 1 septiembre 2023).

Carmona Contreras, A., «Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica», *Revista de las Cortes Generales*, 113, 2022, pp. 245-273.
Castellà, J. M., «La Aportación de la Comisión de Venecia a la Preservación del Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Constitucional*, 38, 2023, pp. 26-27.
Cuenca Miranda, A., «La Intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos», *Revista de las Cortes Generales*, 113, 2022, pp. 275-303.
Coen, D. y Thatcher, M., «Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies», *Journal of Public Policy*, 1 (28), 2008, pp. 859-872.
de Miguel Barcena, J., «El Consejo Estatal de Medio Audiovisuales en España: de la irrelevancia institucional a la fusión de reguladores», en Gavara de Cara, C. (ed.): *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 81-109.
De Somer, S., «The Europeanisation of the Law on National Independent Regulatory Authorities from a Vertical and Horizontal Perspective», *Review of European Administrative* Law, 2 (5), 2012, pp. 93-130.
Fabbrini S., Vassallo S., *Il governo. Gli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
Foà, S., «La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo», *Federalismi*, 28, 2020, pp. 66-89.
Fukuyama, F. y Grotto, A., «Comparative Media Regulation in the United States and Europe», en Persily, N. y Tucker, J. A. (eds.): *Social Media and Democracy The State of the Field, Prospects for Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 199-219.
Garcia Llovet, E., «Autoridades administrativas independientes y estado de derecho», *Revista de Administración Pública*, 131, 1993, pp. 61-118.
Ginsburg, T. y Huq A. Z., *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 2018.
Ginsburg, T. y Elkins, Z., «Ancillary Powers of Constitutional Courts», *Texas Law Review*, 7 (87), 2009, pp. 1431-1461.
Grasso, G., *Le Autorità Amministrative Indipendenti della Repubblica. Tra Legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006.
Griglio, E., *Parliamentary Oversight of the Executives. Tools and Procedure in Europe*, Oxford-Nueva York, Hart Publishing, 2021
Hirschl, R., *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism,* Boston, Harvard University Press, 2007.
Kosař, D., Baroš, J. y Dufek, P., «The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism», *European Constitutional Law Review*, 3 (15), 2019, pp. 427-461.
Magide Herrero, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2000.
Majone, D., «Europe's «Democratic Deficit»: the Question of Standards», *European Law Journal*, 1 (4), 1998, pp. 5-28.
Mancini, P., *Elogio della lottizzazione. La via italiana al pluralismo*, Bari, Laterza, 2009.
Manetti, M., «Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione» *Politica del diritto*, 4, 1997, pp. 657-684.

Mateu Vilaseca, M., «Del CEMA (Consejo Estatal de los Medios Audiovisuales) a la CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia): composición y funciones», en Gavara de Cara, C. (ed.): *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 53-80.

Montero Pascal, J. J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Montesquieu, C., *De l'ésprit des lois* (1748), Paris, Dalloz, 1958.

Murray, C., «Human Rights Commission Et Al: What is the role of South Africa's Chapter 9 Institutions?», *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 2 (9), 2006, pp. 121-147.

O'Donnell, G., «Delegative Democracy», *Journal of Democracy*, 1 (5), 1994, pp. 55-69.

Pauner Chulvi, C., «La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental. Parlamento y Administraciones independientes» *Teoría y realidad constitucional*, 19, 2007, pp. 329-345.

Potcheva, E. M., «Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual en Alemania», en Gavara de Cara, C. (ed.), *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 279-314.

Rallo Lombarte, A., «Poderes neutrales exentos de control gubernamental: reflexiones constitucionales», *Revista de las Cortes Generales*, 36, 1995, pp. 105-136.

— *La constitucionalidad de las autoridades independientes*, Madrid, Tecnos, 2002.

Roig i Batalla, A., «La autoridad independiente de control de los medios de comunicación audiovisual en Francia: el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*», en Gavara de Cara, C. (ed.), *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Barcelona, Bosch, 2013, pp. 267-288.

Rousseau, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien 1992.

Sala Arquer, J. M., «El estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 42, 1984, pp. 401-422.

Sajo, A., «Independent Regulatory Authorities as Constitutional Actors: A Comparative Perspective», *Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eövös Nominatae - Sectio Iuridica*, (48), 2007, pp. 5-51.

Salvador Mártinez, M., *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.

Sartoretti, C. y De Folco, V., «Le autorità amministrative indipendenti in un'indagine comparata. Argomentazioni su problematiche contemporanee», *DPCE Online*, 2 (47), 2021, pp. xxvii-xxx.

Shapiro, M., «The problems of independent agencies in the United States and the European Union», *Journal of European Public* Policy, 2 (4), 1997, pp. 276-291.

Suteu, S., «The Populist Turn in Central and Eastern Europe: Is Deliberative Democracy (Part of) the Solution?», *European Constitutional Law Review*, 3 (15), 2019, pp. 488-518.

Tushnet, M., «Institutions protecting constitutional democracy: Some conceptual and methodological preliminaries», *University of Toronto Law Journal*, 2 (70), 2020, pp. 95-106.
— *The New Fourth Branch. Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
Valcke, P. y Lambrecht, I., «The evolving scope of application of the AVMS Directive», en Parcu P. L. y Brogi E. (eds.), *Research Handbook on EU Media Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, pp. 282-302.
Vibert, F., *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
Vintzel, C., *Les armes du gouvernement dans la procédure législative. Etude comparée: Allemagne, France, Italie*, *Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, 2011.
Vírgala Foruria, E., *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
Wils, W. P. J., «Independence of Competition Authorities: The Example of the EU and Its Member States», *World Competition. Law and Economics Review*, 2 (42), 2019, pp. 149-170.

CAPÍTULO XI

LA INDEPENDENCIA COMO ELEMENTO CLAVE DE LOS CONTRAPODERES INSTITUCIONALES: ESTÁNDARES PARA SU SALVAGUARDA AL HILO DEL CASO ESPAÑOL[1]

Sara Alemán Merlo
Investigadora predoctoral
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN: CONTRAPODERES INSTITUCIONALES COMO PARTE DEL ENGRANAJE DE *CHECKS AND BALANCES* EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el Estado Constitucional deviene sumamente importante la configuración de un sistema de controles políticos y jurídicos que garantice la sujeción del poder político al Derecho. Dicha configuración se basa en buena medida en el principio de división de poderes, que permite salvaguardar los derechos y libertades de la ciudadanía en tanto los distintos poderes se limitan y contrapesan entre sí[2].

Sin embargo, la impotencia de la estructura tradicional para asumir cometidos que requieren una mayor especialización y la consolidación

---

[1] Este capítulo consiste en unas primeras reflexiones de un trabajo más amplio sobre «Los contrapoderes institucionales en el Estado Constitucional: garantías comunes para su independencia», actualmente en proceso de elaboración.

[2] Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1985, Libro xi, cap. iv; J. Madison, *El federalista*, Madrid, Ediciones Akal, 2015, cap. xlviii.

del Estado de partidos[3] en la mayoría de sistemas democrático-constitucionales actuales ha transformado gradual y radicalmente la separación de poderes y el control de las instituciones. Así, la posición hegemónica de los partidos en la arena política ha dado lugar a una conjunción tal entre mayoría parlamentaria y Gobierno (especialmente en los regímenes parlamentarios) que desvirtúa los mecanismos de control del poder propios del Estado de Derecho[4], pues pervierte una parte del clásico sistema de *checks and balances* institucional en tanto la verdadera división del poder deviene «la que se verifica entre mayoría y oposición»[5].

Consiguientemente, se ha ido reforzando dicho sistema mediante la configuración de instituciones contramayoritarias e independientes, ajenas al circuito de los poderes clásicos y que cuentan con mecanismos efectivos para limitar y controlar el correcto funcionamiento de dichos poderes constituidos (especialmente los de carácter político) en materias esenciales para la democracia constitucional. Tras la consolidación de las cortes constitucionales como garantes supremas de la esencia del Estado constitucional, progresivamente, se han ido articulando diversas medidas correctivas[6] en el sistema constitucional mediante distintas instituciones de control (defensores del pueblo, tribunales de cuentas, comisiones electorales, etc.), toda vez que han ido emergiendo las denominadas «autoridades independientes»[7] con el propósito de garantizar el correcto ejercicio de ciertos derechos fundamentales, para velar

---

[3] M. García-Pelayo, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986.

[4] M. Aragón Reyes, *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1995.

[5] J. Tajadura Tejada, «La jefatura del Estado como «poder neutral» en los regímenes parlamentarios de Italia y España», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2020, p. 28.

[6] Hablaba de «correctivos de la forma de gobierno», comprendiendo en esta categoría, entre otros, a las instituciones de contrapeso, L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1998, pp. 486 y ss.

[7] Debemos aclarar que nos referimos no a todo el conjunto de entidades de regulación o supervisión que actualmente se categorizan por la doctrina española bajo el paraguas de «autoridades administrativas independientes», sino a aquellas autoridades que por las funciones específicas que llevan a cabo son esenciales para el sostenimiento y la protección de la democracia constitucional. Es decir, aquellas autoridades que tienen el encargo de perseguir «*distinct "constitutional-type" normative goals*» (M. Everson; L. Metcalfe; A. Schout, «The role of specialised agencies in decentralising EU governance», Maastricht, EIPA, 2000, p. 64.) en tanto son creadas para garantizar ciertos valores, derechos y principios que han sido consagrados en la norma suprema, y que por ende deben ser protegidas de cualquier tipo de injerencia política. Así, su rol implica asegurar el cumplimiento de tales mandatos constitucionales especialmente por parte de los poderes del Estado, pero también dicha función puede ampliarse a garantizarlos también en el sector privado. Por lo tanto, se trata de autoridades en las que prevalece la función de supervisión y control en sentido escrito, que desempeñan funciones no atribuibles al aparato o a la actividad de gobierno, y respecto de las cuales la necesidad de garantías asume un valor considerable, y exige, en consecuencia, su máxima independencia. En particular, dentro de las autoridades con naturaleza contramayoritaria y de contrapoder encontramos, por un lado, a aquellas que tienen por función controlar la Administración en sus distintas facetas: autoridades de transparencia, anticorrupción o de responsabilidad fiscal; y, por otro, aquellas que se vinculan

por los principios de actuación de la Administración Pública, o como consecuencia de la privatización de determinados servicios públicos.

Nos encontramos ante una agrupación de instituciones contramayoritarias cuya categorización conjunta es compleja pues se han configurado por motivos dispares y con diferentes estructuras, pero lo cierto es que estos «contrapoderes institucionales» encuentran un hilo conductor en la función de contrapeso que vienen a realizar dentro de la democracia constitucional.

Es decir, no se trata de instituciones que favorezcan o promocionen determinados aspectos de la democracia constitucional ejerciendo una función consultiva, sino que su papel de contrapeso implica que los contrapoderes institucionales, a pesar de sus distintos objetivos y tareas a cumplir, comparten ese mandato común de controlar al poder político *by enhancing its accountability*[8] lo cual demanda que estén dotados de medios con verdaderos efectos jurídicos para limitar a la mayoría política en aras de garantizar los derechos de los ciudadanos y, por tanto, también de las minorías políticas.

Ahora bien, precisamente debido al común carácter de contrapoder de las mentadas instituciones, se advierten ciertos problemas comunes en relación con la necesaria independencia y la calidad de sus miembros que, en suma, repercuten en su legitimidad dentro del sistema democrático-constitucional, en sus particulares funciones y, por ende, en su papel como contrapeso.

La actualidad jurídico-política nos exige analizar y combatir la amenaza que supone el debilitamiento del sistema de *checks and balances* a consecuencia de los ataques a la independencia de las instituciones de contrapoder. Bien por parte de los populismos que pervierten legalmente los mecanismos de nombramiento de sus miembros, bien por las desviaciones que en el marco del Estado de partidos se dan fruto del reparto por cuotas que hacen las fuerzas políticas mayoritarias a la hora de designar a dichos miembros.

Habida cuenta de que este pernicioso fenómeno de ataque a la independencia de los contrapoderes se comienza a observar, con mayor o menor incidencia en la estructura institucional, tanto en España como en Estados vecinos, resulta necesario reforzar dicha independencia para que no resulten un mero instrumento a merced de la fuerza política mayoritaria, sino verdaderos contrapoderes que sirvan como mecanismos de salvaguarda del Estado Constitucional. Y, para ello, estas instituciones requieren de un diseño normativo que combine y asegure

---

a la protección y garantía de derechos fundamentales: como las autoridades de protección de datos, los consejos audiovisuales o las autoridades *antitrust.*

[8] C. Murray, «Human Rights Commission Et Al: What is the role of South Africa's Chapter 9 Institutions?», *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 9 (2), 2017, p. 8.

su independencia en sentido amplio, con ciertas variaciones y proporciones según el contrapoder institucional de que se trate.

Consiguientemente, en las próximas páginas se analizarán las garantías de independencia de los contrapoderes institucionales en la medida en que esta es un elemento clave para su buen funcionamiento en el seno del Estado constitucional. Primeramente, se examinarán la finalidad y las exigencias del principio de independencia, distinguiéndolo de otros principios tangenciales como los de objetividad, neutralidad o imparcialidad (2). A continuación, al hilo de las problemáticas del caso español, se buscará analizar y catalogar las salvaguardas que se requieren para garantizar la independencia de los contrapoderes (3). Por último, sobre la base de los estándares y parámetros definidos en materia de independencia, se establecerán posibles rutas de actuación y adecuamiento desde la perspectiva de los contrapoderes institucionales en España (4).

2. INDEPENDENCIA COMO ELEMENTO CLAVE: ¿POR QUÉ LOS CONTRAPODERES INSTITUCIONALES DEBEN SER INDEPENDIENTES?

Para analizar los estándares y las soluciones a adoptar a fin de garantizar la independencia de los contrapoderes institucionales, debe clarificarse lo que se entiende por independencia de la institución y en qué se distingue de principios tangenciales como los de neutralidad, objetividad e imparcialidad. Empecemos por esto último: procedamos a delimitar conceptualmente esta tríada de principios para poder distinguirlos entre sí y respecto al de independencia.

Por un lado, la neutralidad implica la no participación de ninguna de las opciones en conflicto, pero se articula de forma distinta en función de a quién se le aplique. Mientras que al regir la actividad de la administración tradicional implica que le está vedado intervenir en los ámbitos de la dirección política que corresponde al Gobierno, independientemente de su color político siempre y cuando se ajuste al marco jurídico existente[9]; al operar respecto a los contrapoderes lo que busca es una acción neutralizada políticamente, que no responda solamente a las consignas del binomio mayoría parlamentaria-Gobierno. Así, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse al principio de neutralidad al examinar su proyección respecto a la Administración Electoral, señalando que «la neutralidad de la Administración electoral está en el ejercicio de sus funciones al servicio de quienes concurran a los comicios»[10], por lo que dicho carácter neutral residiría en el ejer-

[9] J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 250.

[10] STC 80/2002, de 8 de abril, FJ 7.

cicio de sus funciones no de acuerdo con los intereses de la mayoría política sino de toda la ciudadanía.

Por otro lado, la objetividad opera en la esfera del principio de legalidad por cuanto define la manera como deben quedar vinculados a la Ley en el ejercicio de sus funciones, al margen por tanto de cualquier valoración o interpretación subjetiva. Asimismo, exige que los componentes de la institución en cuestión actúen de acuerdo con criterios técnicos de congruencia y razonabilidad ajustados a la consecución del fin de interés público para el que específicamente se ha otorgado la competencia y prescindan de cualquier clase de finalidad o interés personal.

Por último, la aprehensión de un objeto en sí mismo [objetividad] requiere la falta de prevención sobre el mismo [imparcialidad][11]. Así pues, la imparcialidad es la ausencia de designio anticipado o de prevención en contra o a favor de algo o alguien para así juzgar o proceder con equidistancia y rectitud[12] y opera en el mismo ámbito que el principio de objetividad en tanto implica la sujeción estricta a la Ley. De este principio se deducirá un conjunto de restricciones y obligaciones tendente a reducir los efectos de la parcialidad, regulando la manera en que debe procederse respecto de las partes[13] como la de motivar de forma expresa sus resoluciones, o el deber de recusarse cuando exista algún indicio de cercanía con el objeto o las partes implicadas en su decisión que pueda poner en peligro la apariencia y la existencia de imparcialidad en su actuación.

Ahora bien, los precitados principios pueden atribuirse también a la administración pública tradicional que, con base en la propia distinción entre política y administración, no opera como un mero brazo ejecutivo del Gobierno, sino que su actividad y gestión está regida por dichos mandatos de neutralidad, objetividad e imparcialidad y se desarrolla según una lógica técnico-administrativa[14].

Por tanto, el elemento que los distingue es la desvinculación de los contrapoderes institucionales respecto del Poder Ejecutivo en su conjunto, en la medida en que la organización administrativa común «cuenta con un estrato directivo no basado en el mérito, sino en la confianza política que le otorga el Gobierno»[15]. Por ello, la existencia de este tipo de instituciones de contrapoder responde a la necesidad

---

[11] F. M. García Costa, «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad», *Revista Documentación Administrativa*, 289, 2011, p. 27.

[12] Según el diccionario de la Real Academia Española, definición a la que se acoge, entre otros, F. M. García Costa, «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad», *op. cit*., p. 27.

[13] P. Andrés Ibañez, «Imparcialidad judicial e independencia judicial», en *La imparcialidad judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 60.

[14] A. Patroni Griffi, «L'indipendenza del Garante», *Federalismi - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*, 4, 2018, p. 6.

[15] L. Morell Ocaña, *Curso de Derecho administrativo I*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 180.

de configurar técnicas organizativas distintas de los principios de neutralidad, objetividad e imparcialidad, que eviten que el ámbito en que ejercen sus funciones pueda estar al servicio de los intereses político-partidistas del binomio Gobierno-mayoría parlamentaria.

Así, la característica esencial del régimen jurídico de los contrapoderes institucionales es que, en tanto operan en sectores esenciales para el sostenimiento de la democracia constitucional, precisan ser alejados de la interferencia de los partidos en contienda política[16] y, en consecuencia, deben tener garantizada su independencia y autonomía respecto del precitado binomio Gobierno-mayoría parlamentaria, para llevar a cabo las funciones que tienen atribuidas.

Resulta pues necesario aclarar cuáles son las implicaciones o exigencias de este principio de independencia de los contrapoderes institucionales. En primer lugar, debemos señalar que tiene dos dimensiones[17]: por una parte, los contrapoderes deben ser independientes de aquellos que pueden verse afectados directamente por sus decisiones. Y, por otra, los miembros de los contrapoderes están obligados a actuar con independencia respecto de los poderes políticos en el desempeño de sus funciones, lo cual implica que se proscribe cualquier clase de presión política, económica u organizativa, directa o indirecta, que pretenda imponer una determinada decisión a los miembros de la institución, pues ello lesionaría dicho principio.

Por tanto, cuando hablamos de independencia de los contrapoderes institucionales nos referimos a la inexistencia de vínculos de jerarquía o sumisión entre estos y los poderes públicos[18] y también respecto de las partes interesadas, ya que se trata de instituciones que deben actuar conforme a Derecho y sin someterse a intereses o criterios distintos a los expresamente previstos en la Ley.

Así pues, aunque debemos aproximarnos con cautelas y matices debido a la diversidad del rol y la naturaleza de las distintas instituciones contramayoritarias, en última instancia, ciertamente podemos detectar necesidades similares y análogas en relación con la protección de su independencia como órgano en conjunto y también de sus miembros individualmente, en tanto desempeñan, en planos ontológicamente distintos, una función de refuerzo y salvaguarda de la democracia constitucional. Papel que solo puede ser ejercido por los contrapoderes institucionales si se garantiza de forma efectiva su independencia.

---

[16] J. M. Sala Arquer, «El Estado neutral», *Revista española de derecho administrativo*, 42, 1984, p. 410.

[17] K. Tuori, «Popular sovereignty and independent bodies», en I. Nguyen, S. Bragdø-Ellenes, I. Lorange, S. Eng, B. E. Rasch (eds.), *Uten sammenforligning*, Bergen, Fagbogforlaget, 2020, p. 3.

[18] Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de febrero de 2022, *asunto C430/21*, ap. 82.

Para ello, dicho reconocimiento debe ir acompañado de garantías implementadas por normas para su eficacia práctica para proteger a los miembros de estas instituciones contra las presiones externas, las cuales se reflejan particularmente en el nivel al que se asegura dicha independencia, al procedimiento de nombramiento y a la determinación asociada de los requisitos profesionales adecuados, y al estatuto jurídico de sus miembros o a la asignación de medios humanos, técnicos y financieros adecuados sobre los cuales tenga poder autónomo de decisión para el cumplimiento efectivo de sus funciones, entre otras.

Así pues, una vez hemos identificado las exigencias del principio de independencia y su relación con la función de contrapoder de las instituciones contramayoritarias, corresponde ahora analizar los principales instrumentos de garantía existentes, desde la perspectiva de su funcionamiento y problemáticas, en el caso español.

3. CÓMO SE GARANTIZA LA INDEPENDENCIA: ESTÁNDARES PARA SU SALVAGUARDA

Con mayor o menor intensidad, una nota común que presentan los contrapoderes institucionales en España (al igual que en muchas otras democracias constitucionales) es que en ocasiones se encuentran parcialmente inhabilitadas para ejercer tal función de protección y refuerzo de la democracia constitucional, en tanto estas instituciones paulatinamente han sido colonizadas por los partidos políticos con las consiguientes problemáticas de clientelismo político y bloqueo institucional (por falta de acuerdo para la renovación) que conlleva dicha captura[19]. En consecuencia, esta politización de la institución y sus miembros va haciendo decrecer la apariencia de independencia y calidad técnica, lo cual conlleva una merma de legitimidad que incide directamente en su carácter y capacidad de contrapeso.

A continuación, a la luz de estas problemáticas comunes que les acaecen, se pretende analizar y fijar unos estándares mínimos necesarios para garantizar la independencia de estos instrumentos contramayoritarios para que puedan cumplir adecuada y efectivamente con su función de contrapoder.

3.1. Nivel al que se garantiza la independencia (garantía formal)

Para poder ejercer su función dentro del sistema de *checks and balances*, es necesario que los contrapoderes sean de carácter perma-

[19] L. Baamonde Gómez, «Nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la «cesta institucional»», *Revista de Derecho Político*, 113, 2022, p. 73.

nente, por lo que su existencia y configuración institucional debe estar protegida jurídicamente. Sin embargo, la clave se encuentra en cómo se prevé el carácter independiente de los contrapoderes, pues puede estar recogido a nivel constitucional o legal, o puede encontrarse enraizada únicamente en la cultura jurídico-política de determinado país[20].

Si nos fijamos particularmente en la escena patria, observamos que, por una parte, casi todos los órganos constitucionales y de relevancia constitucional tienen reconocida su independencia a nivel constitucional (a excepción del Defensor del Pueblo que está constitucionalizado como institución, pero no se hace referencia alguna a su independencia). Respecto a las autoridades independientes que cuentan con una función de protección de un elemento esencial de la democracia constitucional (como, por ejemplo, la Agencia Española de Protección de Datos —AEPD— o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia —CNMC—), encontramos que la mayoría de ellas están previstas legalmente y su independencia se reconoce en dichos textos legales.

Debe advertirse, no obstante, que los contrapoderes institucionales de origen o cuya configuración esencial se encuentra a nivel legal son más vulnerables a sufrir interferencias políticas en su funcionamiento o, incluso, pueden ser atacados[21] en cualquier momento, en tanto por mera mayoría pueden articularse cambios legislativos que perviertan los mecanismos de garantía de independencia de que gozan dichas instituciones, cosa que puede llegar a dificultar su labor, o incluso hacer a peligrar su propia existencia al poder ser disueltos por una mayoría simple.

Por el contrario, si el esquema básico —así como sus funciones esenciales— de estas instituciones se encuentra claramente definido y salvaguardado en la Constitución, el principio de supremacía constitucional protege dicho esquema institucional de cambios injustificados por mayorías parlamentarias coyunturales o políticos oportunistas según convenga a sus agendas partidistas[22], en tanto se trata de una norma que tiene un proceso de reforma particular y que exige mayorías reforzadas.

Podríamos encontrar un claro ejemplo de amenaza en el marco español en relación con la falta de previsión constitucional explícita respecto al modo en que deben elegirse los doce vocales de origen judicial del Consejo General del Poder Judicial —CGPJ—. El silencio de la Carta Magna a la hora de determinar quién debía seleccionar a dichos

---

[20] K. Tuori, «Popular sovereignty and independent bodies», *op. cit*., p. 648.

[21] M. Tushnet, «Institutions protecting constitutional democracy: Some conceptual and methodological preliminaries», *University of Toronto Law Journal*, vol. 70, 2, 2020, p. 102.

[22] C. Fombad, «The Diffusion of South African–Style Institutions? A Study in Comparative Constitutionalism», en R. Dixon y T. Roux (eds.), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 363.

jueces supuso que el mecanismo fuera escogido por el legislador, y este ya en 1985 optó por un sistema que levantó alertas en el Tribunal Constitucional[23] pero que, debido a dicha omisión, no pudo declararse de plano inconstitucional. Este sistema de elección ha facilitado, debido al funcionamiento del Estado de partidos en nuestro país y al déficit de cultura institucional de los actores políticos, la merma en la apariencia de su independencia hasta el punto de llegarse a proponer una reforma que atenta claramente contra la esencia de la propia institución (como detallaremos más adelante).

Por su parte, la Comisión de Venecia se ha pronunciado respecto a varios de estos contrapoderes institucionales[24] y ha señalado precisamente que es preferible que tanto la existencia de estas instituciones como sus principios fundamentales de su actividad y el procedimiento de nominación de sus miembros sean reconocidos en el texto constitucional para protegerlas de la influencia y los intereses políticos, si bien sus características concretas y los detalles prácticos de su funcionamiento pueden desarrollarse legalmente.

Asimismo, dicho desarrollo normativo esencial es preferible que sea realizado por medio de leyes reforzadas —en España, por el legislador orgánico—, ya que debido a la relevancia de la materia y su sustancialidad para la salvaguarda del Estado Constitucional requieren de un cierto consenso (una mayoría amplia en sede parlamentaria), que a su vez dote de cierta rigidez al esquema institucional básico de los contrapoderes, así como a las funciones que tienen asignadas.

Así pues, no basta con meramente consagrar desde una perspectiva formal la independencia del contrapoder institucional si dicha calificación no va acompañada de mecanismos que permitan garantizarla en la práctica. Ahora bien, existe cierta problemática al detallar cuáles son los contenidos mínimos que deben incardinarse propiamente en la Constitución, ya que el grado de concreción en el texto constitucional o en la legislación de los pormenores de las funciones y estructura de la institución dependerá del concreto contexto jurídico-político.

De hecho, el nivel de detalle puede ser definitorio, pues de poco serviría tasar las causas de cese, si luego se establece legalmente una

---

[23] En su STC 108/1986, de 26 de julio, FJ 13.

[24] Entre otros, respecto a las cortes constitucionales, Venice Commission, *CDL-AD (2004)023 - Opinion on the Rules of Procedure of the Constitutional Court of Azerbaijan*, 2004: parrs. 5-6; respecto a los consejos judiciales *CDL-AD (2010)004 - Informe sobre la independencia del sistema judicial parte I*, 2010: parr. 22; respecto a los bancos centrales *CDL-AD (2010)001 - Report on Constitutional amendment*, 2010, p. 17: parr. 77; respecto a las comisiones electorales, las autoridades audiovisuales, o los tribunales de cuentas *CDL-AD (2015)038 - Second opinion on the Draft amendments to the Constitution of the Republic of Armenia*, 2015, p. 10: parr. 63; respecto a la figura del ombudsman *CDL-AD (2019)005 - Principles on the protection and promotion of the Ombudsman Institution*, 2019, p. 3: ppo. 2.

causa ambigua, como «actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo»[25], que puede servir como herramienta a los poderes políticos para presionar a un miembro del contrapoder. Ahora bien, excederse en el grado de detalle también puede jugar en contra pues al haberse establecido con rango constitucional, reviste de una rigidez y una complejidad de modificación que puede dificultar cambios necesarios debido a la imposibilidad política de lograr las mayorías reforzadas requeridas para cambiar el texto constitucional.

Por ejemplo, la literalidad del art. 159.3 CE, que reza «los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres», conlleva una contradicción interna, cuya solución se ha dejado en manos del legislador, que la ha resuelto en el art. 16 LOTC en favor de la preeminencia de la renovación por grupos respecto de la regla de duración del mandato. Sin embargo, este sistema de renovación por tercios, a la larga, ha resultado ser pernicioso[26] y poco idóneo para salvaguardar la independencia de los magistrados puesto que inevitablemente favorece las designaciones por *lotizzazione* en el trueque de candidatos entre los dos partidos mayoritarios[27].

Bien se podría cambiar legalmente la interpretación del precepto y primar que la renovación de magistrados se hiciera al cumplir los nueve años de mandato y no por ternas para así ayudar a diluir el problema del reparto por cuotas, en la medida en que una elección individualizada permitiría una mayor transparencia en la designación y una mayor discusión acerca de la idoneidad del candidato concreto[28]. Sin embargo, se mantendría el incumplimiento de una de las dos reglas contradictorias que impone el precepto constitucional, por lo que sería necesaria una modificación constitucional para evitarla, lo cual es bastante improbable dada la actual fragmentación y polarización parlamentaria.

Así pues, en definitiva, en aras de reforzar y proteger a la institución de la fluctuación política y preservar su independencia, defendemos que es preferible que elementos clave como las reglas básicas del procedimiento de nombramiento —quién elige y, en su caso, con qué mayoría; y a quién eligen, es decir, los requisitos esenciales de elegibilidad (que

---

[25] Como, a modo de ejemplo, prevé el art. 5.1.4) de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

[26] También ha sido valorado negativamente por quien fue presidente del Tribunal, P. Cruz Villalón, «El estado del Tribunal Constitucional», *Claves de Razón Práctica*, 191, 2009, p. 8; así como el asimismo vicepresidente de dicha institución F. Rubio Llorente, «El Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71, 2004, p. 15.

[27] G. Fernández Farreres, «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105, 2015, p. 26.

[28] En este sentido argumenta, entre otros, F. Santaolalla López, «El problema de la renovación de los órganos constitucionales», *Revista de Derecho Político*, 77, 2010, p. 85.

luego pueden ser ampliados y desarrollados legalmente)—, el estatuto jurídico fundamental de sus miembros —en especial, la duración del mandato, el reconocimiento de inamovilidad de sus miembros, con exigencia de causas objetivas tasadas de cese—, y el reconocimiento de la autonomía organizativa y financiera del contrapoder en cuestión, sean salvaguardadas en la Constitución, para así blindar su existencia y ejercicio independientes.

3.2. Procedimiento de nombramiento

Es fundamental para garantizar la legitimidad y la independencia en sentido amplio (es decir, su competencia técnica e integridad, su independencia en sentido estricto y su *accountability*) de quienes han de integrar los contrapoderes institucionales que se establezca un procedimiento de nombramiento que evite la influencia de actores externos en el proceso de conformación de las mismas.

3.2.1. Quién elige y cómo

El procedimiento, los criterios de designación y el tipo de órgano decisorio son elementos tradicionalmente utilizados para evaluar la independencia de determinadas instituciones o autoridades, ya que de ellos depende la confianza de los ciudadanos, lo cual es un factor esencial para el correcto funcionamiento del sistema en su conjunto[29].

Así, para garantizar la independencia en sentido amplio a través del procedimiento de designación, se suelen implantar distintas fases en el proceso de selección y/o se establece que esta no dependa solamente de un poder del Estado o de un único cargo. Ciertamente, pueden observarse muy distintos esquemas de designación de altos cargos de los diversos contrapoderes institucionales, siendo también diferentes los órganos legitimados para realizar dichos nombramientos. En España, pese a las divergencias de sus regímenes jurídicos, podemos distinguir dos escenarios en cuanto a los órganos a los que se atribuye la función de proveer sus vacantes:

— Aquellos en los que se observa una participación activa y decisiva del Parlamento en la elección de todos (Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Consejo de

[29] E. Malaret i García, «Capítulo quincuagésimo. A vueltas con las garantías de la independencia de las autoridades de regulación: a propósito de los nombramientos (y ceses) y del alcance», en L. Parejo, J. Vida (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, vol. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 1419.

Administración de la Corporación de RTVE) o parte de sus miembros (Tribunal Constitucional, Junta Electoral Central).

— Aquellos en los que la selección previa de los candidatos es realizada por el Gobierno, pero con la participación complementaria de las Cortes en forma de ratificación o veto parlamentario (Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno).

Tal y como se observa en ambos escenarios, el Parlamento juega un papel más o menos relevante en dicho procedimiento de nombramiento. De hecho, la participación en la selección de los miembros de los contrapoderes institucionales por parte del Parlamento es una práctica habitual en Derecho Comparado[30], ya que debido a su carácter contramayoritario, se busca situar a estas instituciones en un marco de legitimidad democrática mediante la designación parlamentaria de sus miembros con la pretensión de establecer así un vínculo con los representantes de la ciudadanía, aunque sea de carácter indirecto[31].

Ahora bien, ello no implica que deba considerarse como un órgano representativo[32] que refleje una determinada proporcionalidad o representatividad entre electores y elegidos[33], ya que justamente se debe atender a su naturaleza independiente —tanto del contrapoder institucional en su conjunto como de cada uno de sus miembros individualmente considerados—.

Consiguientemente, podemos asimismo justificar la preferencia por la intervención parlamentaria[34] en la designación de los miembros de los contrapoderes en tanto permite certificar la observancia del principio de pluralismo en dicho nombramiento ya que requiere la

---

[30] F. M. García Costa, «Modelos comparados de intervención parlamentaria en el nombramiento de autoridades», *Criterio Jurídico*, 9 (2), 2009, pp. 63-80.

[31] A. Cuenca Miranda, «La intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos», *Revista de las Cortes Generales*, 113, 2022, pp. 277-278.

[32] Su composición se configura en términos de pluralismo y, por tanto, ajenamente a cualquier lógica de tipo representativa: «Las personas que son designadas como jueces están destinadas a desarrollar sus funciones para el fin exclusivo de garantizar el respeto del principio de legalidad constitucional, sin que puedan convertirse en portadores de los intereses de cada uno de los poderes que los nominan», en L. Pesole, «La Composición Pluralista y no Representativa de la Corte Constitucional Italiana», *Revista de derecho (Valdivia)*, 17, 2004, p. 186.

[33] M. Á. Presno Linera, «Cuotas de partido, sistemas de botín y clientelismo político», *Revista Jurídica de Asturias,* 23, 1999, p. 133.

[34] Cabe reseñar que, dependiendo de la función específica de cada contrapoder institucional, pueden existir ciertas particularidades en relación con la elección de sus miembros: *e.g.* en el caso de los consejos judiciales, la Comisión de Venecia ha señalado que, si bien a los «*lay members*» se les aplica dicho estándar, los miembros de origen judicial —que deberían representar la mayoría de los mismos— deberían ser elegidos por sus homólogos, en Venice Commission, *CDL-AD (2010)004 - Informe sobre la independencia del sistema judicial parte I: la independencia de los jueces*, *op. cit*., parr. 32.

búsqueda del consenso entre las fuerzas con representación en el arco parlamentario[35]. Si bien es cierto que la participación del Parlamento en la designación de los miembros de los contrapoderes institucionales no supone un gran aporte a la neutralidad política de estas instituciones, es significativa en la medida en que busca garantizar el debate, la publicidad y el acuerdo entre las distintas fuerzas políticas, con el objetivo de prevenir nombramientos de marcado carácter partidista[36].

La lógica de la necesaria independencia de los contrapoderes proscribe que el «binomio mayoría parlamentaria-gobierno»[37] ocupe todos los puestos a designar o que se produzca un reparto por cuotas (*lottizzazione*), pues debe asegurarse una composición suprapartidista y equilibrada de las instituciones en cuestión y así garantizar dicho carácter independiente y pluralista, contribuyendo de este modo a legitimar su actuación[38]. Precisamente por ello es necesario establecer umbrales que normalmente no suelan ser alcanzados por un único partido y, que, en consecuencia, fuercen la negociación entre varios grupos parlamentarios y otorguen así capacidad de incidencia a los grupos de oposición[39].

No obstante, la Comisión de Venecia ha advertido en varias ocasiones sobre el riesgo de que se produzcan situaciones de bloqueo dilatadas en el tiempo por falta de acuerdo, que impidan alcanzar la amplia mayoría exigida para proceder con los nombramientos y dejen a los contrapoderes institucionales sin la pertinente renovación, tal y como ha venido sucediendo en España[40], por lo que recomienda que se introduzcan mecanismos eficaces para evitarlas (*anti-deadlock mechanisms*)[41]. Concretamente, debe establecerse un diseño que logre equilibrar «*the superior state interest of the preservation of the functioning of the institutions and the democratic exigency that these institutions should be balanced and should not be merely dominated by the ruling majority*»[42].

---

[35] Pauner Chulvi en F. Santaolalla López; C. Pauner Chulvi, *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 59.

[36] M. Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2000, p. 100.

[37] A. Carmona Contreras, «Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica», *Revista de las Cortes Generales*, 113, 2022, p. 251.

[38] Santaolalla López en F. Santaolalla López; C. Pauner Chulvi, *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, *op. cit*., p. 10.

[39] Venice Commission, *CDL-AD (2015)037 - First opinion on the Draft amendments to the Constitution of the Republic of Armenia*, 2015, p. 19.

[40] Venice Commission, *CDL-AD (2013)032 - Opinion on the final draft Constitution of the Republic of Tunisia*, 2013, p. 30.

[41] Venice Commission, *CDL-AD (2010)025 - Report on the Role of the Opposition in a democratic Parliament*, 2010; *CDL-AD (2019)015 - Report on the relationship between the parliamentary majority and the opposition in a democracy: a checklist*, 2019.

[42] Venice Commission, *CDL-AD (2018)015 - Opinion on the draft law on amendments to the lax on the judicial council and judges of Montenegro*, 2018, parr. 19; opinión que también

Por tanto, el poder de bloqueo[43] de la oposición no puede ni debe ser absoluto, pues la regla de la mayoría cualificada en las cuestiones de nombramiento no debería impedir por mucho tiempo que se nombren los miembros de los contrapoderes, ya que sin ellos el Estado no puede funcionar de manera adecuada. Ahora bien, ello en ningún momento debe suponer que se rebaje la mayoría requerida en segunda vuelta, puesto que en dicho caso la mayoría resta sin ningún incentivo para negociar con la minoría. En definitiva, la Comisión se inclina por la instauración de mecanismos antibloqueo que se perciban como *politically neutral*[44].

Justamente en España no hace mucho que se ha sufrido una grave amenaza en estos términos debido a la (afortunadamente) retirada propuesta de reforma presentada en 2020 por los partidos del gobierno con la intención de cambiar el modo de elección de los miembros de procedencia judicial del CGPJ[45]. Se proponía rebajar la mayoría de tres quintos existente a una mayoría menos exigente en una segunda votación para elegir a los doce (de un total de veinte) vocales de procedencia judicial, cosa que habría supuesto una inmediata correlación entre la composición del Consejo y la mayoría política que gobierna y, en consecuencia, un mayor cuestionamiento de su verdadera independencia. De haber prosperado dicha propuesta, el nuevo sistema de elección habría supuesto orillar absolutamente la participación de la oposición en la selección de miembros del CGPJ, ya que a la mayoría le habría bastado con negarse a negociar con las fuerzas de la oposición para forzar una segunda votación y así imponer a la totalidad de sus candidatos[46].

En todo caso, aun cuando se exijan mayorías reforzadas, debemos advertir que la mera sustitución de la designación por el Gobierno por el nombramiento parlamentario no implica necesariamente ninguna panacea para alcanzar una garantía efectiva de independencia, ni tampoco de pluralismo, profesionalidad, desgubernamentalización o despolitización[47].

---

se recoge en la compilación que la Comisión ha realizado en materia de mecanismos de antibloqueo *CDL-PI (2018)003rev - Compilation of Venice Commission: Opinions and Reports Relating to Qualified Majorities and Anti-Deadlock Mechanisms in Relation to the Election by Parliament of Constitutional Court Judges, Prosecutors General, Members of Supreme Judicial and Prosecutorial Councils and the Ombudsman*, 2018.

[43] J. A. Santamaría Pastor, «La prorrogatio de los órganos constitucionales: apuntes mínimos sobre un tema que no lo es», *Revista española de derecho constitucional*, 28 (84), 2008, p. 19, advierte esta realidad que también identifica como «efecto de bloqueo».

[44] Venice Commission, *CDL-PI (2021)019-rev - Urgent Opinion on the Revised Draft Constitutional Amendments on the Judiciary of Serbia*, 2021, p. 5 parr.19.

[45] Proposición de LO para modificar la LO 6/1985, de 1 de julio, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de diciembre de 2020, Serie B, núm. 137-1, con expediente 122/000109*; que posteriormente fue retirada en mayo de 2021.

[46] Realiza un profundo análisis de la problemática, N. González Campañá, «La defensa europea de la independencia del Poder Judicial en el marco de la protección del Estado de derecho: la crisis del CGPJ en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 2022, pp. 480 y ss.

[47] Resulta necesario recalcar la distinción existente entre el propósito de desgubernamentalizar —en el sentido de dejar fuera del alcance de la mayoría de turno— respecto del

Desde luego, no ha sido así en España, en la que, por ejemplo, se puede comprobar con la parlamentarización de la elección de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación RTVE, que ha estado desde sus inicios teñida de un elevado grado de politización. Si bien desde 2006 dichos miembros se escogen por el Parlamento con mayoría cualificada de dos tercios, con dicha fórmula se «pretendía una elección democrática, pluralista y de amplio consenso», pero «como en otras tantas instituciones, degeneró desde el principio en el traslado de la proporción de representación parlamentaria de cada partido a Consejo»[48], hasta el punto en que se relaciona a cada miembro con el partido que lo ha propuesto.

Por tanto, para conseguir una verdadera independencia y suficiente despolitización de los contrapoderes, es necesario añadir a la elección parlamentaria una serie de requisitos en relación con los perfiles adecuados para cubrir las vacantes de dichas instituciones: debe buscarse que los candidatos cumplan con las exigencias objetivas de méritos y experiencia profesional requeridos para así suscitar una mayor aceptación, en cierto modo considerada como una «ocasión para renovar el consenso constitucional»[49].

3.2.2. A quién: requisitos de (in)elegibilidad e incompatibilidades

El procedimiento de designación debe aspirar así a garantizar que los futuros miembros cuenten con la suficiente cualificación técnica, experiencia profesional e integridad indubitadas para el ejercicio de sus funciones. Esto teóricamente debe ayudar a forjar un verdadero consenso, orientado a «neutralizar la confrontación partidista en un clima de mutuo reconocimiento y confianza» y mediante el cual se evite la llegada a las instituciones de personas que se caracterizan «más por su adscripción política que por sus méritos profesionales»[50].

---

de despolitizar en sentido estricto —es decir, que una parte sustancial del contrapoder no sea elegido por las fuerzas políticas presentes en el Parlamento—, tal y como señala J. M. Castellà Andreu, «Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia», *Estudios de Deusto*, 70 (1), 2022, p. 47.

[48] A. Boix; S. de la Sierra; E. Guichot; J. L. Manfredi, «Hacia un modelo de regulación para garantizar la independencia de las televisiones públicas en España», *Cuadernos: (Círculo cívico de opinión)*, 27, 2020, p. 21.

[49] F. Tomás y Valiente, «Discurso con ocasión de la renovación del Tribunal en 1989», en *Tribunal Constitucional. Discursos de sus Presidentes (1980-2005),* Madrid, Tribunal Constitucional - Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2006, p. 35.

[50] P. Lucas Murillo de la Cueva, «Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales (comentarios sobre la actualidad)», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 13, 2020, p. 133; L. Baamonde Gómez, «Nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la "cesta institucional"», *op. cit*., p. 78.

Consiguientemente, para impedir o, cuanto menos, dificultar la posibilidad de influencia política debido a la apariencia de deuda en gratitud al nombramiento de un determinado miembro, la selección debe basarse en dichos méritos profesionales de los candidatos, que deben evaluarse por medio de criterios objetivos y previstos legalmente[51], garantizando así su competencia, independencia y legitimidad de origen.

Dado que la suficiente cualificación técnica es el requisito por excelencia, se suele concretar en la exigencia de pertenecer a una determinada categoría profesional, que a su vez se acompaña de otros dos requisitos: el ejercicio durante período determinado de tiempo de dicha profesión, y el disfrutar de una posición de reconocido prestigio en dicho entorno profesional[52].

El primer requisito busca configurar un elemento de objetivación frente a los excesos que pudieran derivarse de una tergiversación de la exigencia de la reconocida competencia. Existe cierta discusión respecto al peso y a la relevancia del establecimiento de un requisito temporal para los cargos institucionales, puesto que el número de años de ejercicio de la profesión no es por sí solo garantía de especial competencia; aunque parece lógico plantear que es necesario un periodo amplio de tiempo para lograr una elevada cualificación técnica y consolidar un reconocido prestigio entre los colegas de profesión y la sociedad en general.

También es problemático el cómputo de dicha experiencia profesional pues resulta discutible incluir ciertos periodos temporales, *e.g.,* en los que se han ejercido servicios especiales. De hecho, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión al respecto; así, en la Sentencia de 28 de junio de 1994, sobre la impugnación del nombramiento de D. Eligio Hernández como Fiscal General del Estado, en la que señaló que la exigencia de contar con más de quince años de «ejercicio efectivo de la profesión» establecida por el art. 29.1 EOMF impedía computar como tal el periodo en el que el designado había estado en situación de servicios especiales (como delegado del gobierno).

Por otro lado, el requerimiento de excelencia profesional o reconocida competencia también puede resultar ambiguo en tanto se trata de condiciones con contornos imprecisos y de compleja apreciación. Para no resultar una «mera cláusula formal o de estilo, desprovista de sentido

---

[51] Venice Commission, *CDL-AD (2011)040 - Opinion on the law on the establishment and rules of procedure of the Constitutional Court of Turkey*, 2011, p. 6, parr. 21.; Venice Commission, *CDL-AD (2019)005 - Principles on the protection and promotion of the Ombudsman Institution*, *op. cit*., p. 4: ppos. 6-8.; Venice Commission, *CDL-AD (2002)023rev2-cor - Código de buenas prácticas en materia electoral. Directrices e informe explicativo*, 2002, p. 31, parr. 83.

[52] F. Santaolalla López; C. Pauner Chulvi*, Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos, op. cit*., p. 69.

jurídico y político»[53], deben establecerse criterios objetivos que permitan valorar los méritos y que, en consecuencia, faciliten su fiscalización.

El procedimiento de nombramiento debe guiarse por «la mejor satisfacción de los intereses generales en presencia», lo que conlleva el reconocimiento de un margen de apreciación discrecional pero que debe ser de carácter limitado. Así, devienen exigencias necesarias «el respeto al procedimiento debido y la exigencia de motivación —por muy sucinta que pueda ser—»[54], para evitar que dicho margen de legítima discrecionalidad devenga una arbitrariedad prohibida en todo Estado de derecho que se precie.

En consecuencia, debe exigirse que el órgano designante razone su propuesta de candidatos, haciendo públicos los criterios que han guiado la selección y la valoración de los méritos de las personas propuestas, para evidenciar su idoneidad, capacidad y especialización de acuerdo con las funciones que deben ejercer[55]. Así pues, las comparecencias parlamentarias de los candidatos deben resultar verdaderos exámenes de los méritos objetivos requeridos, respondiendo así a las exigencias de profesionalidad y neutralidad que subyacen a la creación de estas instituciones.

En esta línea, sería conveniente que la valoración de los méritos sea realizada por comisiones independientes que reduzcan el margen de discrecionalidad del Ejecutivo y el Legislativo en la selección, o al menos que favorezca la transparencia sobre la idoneidad de los seleccionados, a fin de despolitizar y objetivar al máximo dicho proceso de elección[56].

Otro criterio de elegibilidad que aparece con frecuencia debido a las funciones sensibles que realizan en el marco del sostenimiento de la democracia constitucional es el de la «reconocida integridad o honorabilidad». Así se recoge, por ejemplo, en los principios de la Comisión de Venecia en relación con la figura del *Ombusdman*[57] y con los integrantes de las comisiones electorales[58]; o en el Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea, que en su considerando 121

---

[53] A. Carmona Contreras, «Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España», *op. cit*., p. 255.

[54] E. Malaret i García, «Capítulo quincuagésimo. A vueltas con las garantías de la independencia de las autoridades de regulación», *op. cit*., pp. 1418-1419.

[55] J. Igartua Salaverría, *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.

[56] J. M. Castellà Andreu, «Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España», *DPCE Online*, 55, 2023.

[57] Venice Commission, *CDL-AD (2019)005 - Principles on the protection and promotion of the Ombudsman Institution*, *op. cit.*, p. 4: ppos. 6-8.

[58] Venice Commission, *CDL-AD (2002)023rev2-cor - Código de buenas prácticas en materia electoral.*, *op. cit*., p. 27, parr. 108.

señala que con el fin de «garantizar la independencia de la autoridad de control, sus miembros deben actuar con integridad»[59].

Si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado que adquiere concreción en cada circunstancia sociopolítica dada, este requisito de elegibilidad está cargado, más que por la presencia de algún elemento determinado, por la ausencia de factores que posibiliten una impugnación o reproche de la conducta del candidato en cuestión o de sus acciones en el marco del escrutinio público. Con la integridad sucede algo similar al carácter de independencia, en el sentido de que en esencia hace referencia «a que no existan interferencias que la hagan inviable» [60].

A esta exigencia le acecha pues el peligro de ser utilizada con un significado que pueda resultar sectario o excluyente por razones ideológicas[61], cosa que chocaría con pluralismo político sobre el que se construye la democracia constitucional. Consiguientemente, también la aplicación de este requisito de elegibilidad debe avanzar en la línea de configurar fórmulas objetivas, apoyadas en datos contrastables y verificables y que procuren «erradicar el favor, la libre disposición o la gracia, no digamos las simpatías o antipatías ideológicas o de partido»[62], mediante el establecimiento legal de criterios, como la ausencia de condenas o sanciones graves, que puedan poner en cuestión seriamente la existencia de una trayectoria profesional intachable.

En definitiva, los precitados requisitos de elegibilidad constituyen un factor necesario en la configuración de los contrapoderes, dado que si sus miembros no disponen de méritos objetivos suficientes que fundamenten su *auctoritas* es difícil que se acepten sus decisiones sin ser cuestionadas. Por tanto, sirven también para fundamentar y justificar que dicha institución no necesita recibir instrucciones de las autoridades políticas para tomar decisiones en una determinada dirección, ya que dispone de capacidad para decidir con base en su debidamente acreditado saber técnico. No se trata, pues, de requisitos circunstanciales, sino que son exigencias inherentes a los contrapoderes institucionales, a sus concretos cometidos y a la función de contrapeso que desarrollan en el Estado Constitucional.

Por último, además de los requisitos de inelegibilidad considerados durante el proceso de selección, posteriormente y dependiendo de las funciones concretas que tengan asignadas los contrapoderes institu-

---

[59] Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, publicado en el *Diario Oficial de la UE núm. 119*, de 4 de mayo de 2016, pp. 1-88.

[60] S. E. Castillo Ramos-Bossini, «El nombramiento de los altos cargos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 2023, p. 20.

[61] L. Martín-Retortillo Baquer, «Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades», *Revista de Administración Pública*, 130, 1993, p. 44.

[62] *Ibid.*, p. 90.

cionales, debe establecerse un catálogo de incompatibilidades, puesto que los futuros miembros no podrán compatibilizar su mandato en tales instituciones con ciertas funciones, profesiones o determinadas afiliaciones políticas, en tanto pueden provocar fácilmente conflictos de intereses y consiguientemente poner en duda la confianza sobre su independencia e imparcialidad.

3.3. Estatuto jurídico

3.3.1. Duración del mandato

La independencia de los contrapoderes institucionales exige, por un lado, que la duración del mandato de sus miembros sea determinada y especificada —preferiblemente a nivel constitucional— y, por otro, que dicho mandato sea más largo que el del órgano que nombra a dichos miembros. Es decir, se requiere como mecanismo específico de garantía la fijación de la duración del mandato de forma desvinculada de los ciclos parlamentarios y de una influencia política directa en los nombramientos[63], pues al evitar que coincidan los momentos de renovación de los contrapoderes institucionales con el de las legislaturas se configura una dinámica funcional distinta y no acompasada respecto a la mayoría parlamentaria resultante de las últimas elecciones celebradas. De este modo se procura salvaguardar la independencia del contrapoder y preservar su estabilidad institucional frente a las vicisitudes de la política partidista[64], al hacer posible la continuidad de las funciones que tiene atribuidas[65] y que forman parte del engranaje de *checks and balances* del Estado.

En nuestro país, la duración de dicho mandato normalmente suele situarse entre los cinco y los seis años [a excepción del de los magistrados del Tribunal Constitucional (TC) y los consejeros del Tribunal de Cuentas (TCU), que en ambos casos dura nueve años], por lo que este factor no presenta a *priori* suficientes elementos que nos pongan en cuestión su condición de instituciones independientes.

Cabe señalar que el desfase entre la (superior) duración del mandato de los miembros de los contrapoderes y la de los parlamentarios que los designaron puede conllevar un aparente problema de legitimidad democrática en tanto puede cambiar la mayoría en la siguiente legislatura. Sin embargo, en circunstancias como la presente no solo es aceptable

---

[63] A. Carmona Contreras, «Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España», *op. cit*., p. 251.

[64] G. Fernández Rojas, «Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España», *op. cit*., p. 437.

[65] M. Vilalta Reixach, «Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 2022, p. 127.

sino también necesario que se aparten de la lógica mayoritaria puesto que, para que estas instituciones puedan llevar adecuada y efectivamente a cabo sus funciones de contrapeso al poder político, deben ser lideradas con una independencia suficiente que les permita llevar a cabo su función de fiscalización política (de forma análoga a la separación que encontramos, por ejemplo, con los jueces y magistrados del poder judicial), lo cual se consigue precisamente mediante esta escisión entre el circuito político y los contrapoderes[66].

En esta línea, tal y como advierte la Comisión de Venecia, para mantener dicha independencia es preferible limitar a un único mandato, sin posibilidad de reelección (o, como mucho, renovable solo una vez)[67], puesto que la opción de ser reelegido puede suponer un obstáculo desde la perspectiva de la independencia de los contrapoderes institucionales, en la medida en que sus miembros pueden llegar a verse presionados para ejercer sus funciones de un determinado modo para contentar a aquellas autoridades de quienes depende su renovación. Precisamente este es un riesgo que corren el Defensor del Pueblo (y sus dos Adjuntos) y los cargos directivos de la Agencia Española de Protección de Datos en la medida en que se prevé que sus miembros pueden ser renovados una vez, por otro periodo de igual duración.

Asimismo, para contribuir a la estabilidad institucional es conveniente que la renovación de los miembros se haga de forma escalonada, lo cual a su vez contribuye a mantener en cierto modo actualizada la composición a los cambios de mayorías políticas. En todo caso, en aras de evitar presiones o injerencias indebidas en el ejercicio de sus respectivas funciones, más allá de la duración del mandato, debemos centrarnos en las garantías previstas para asegurar eficazmente la continuidad y permanencia en sus cargos de los miembros de los distintos contrapoderes.

3.3.2. Inamovilidad y causas de cese tasadas

La independencia de los contrapoderes institucionales se construye no solo sobre el procedimiento de nombramiento de sus miembros, sino también sobre el conjunto de derechos y garantías con el que se envuelve el ejercicio de sus funciones: desde la duración del mandato no coincidente con la del órgano que lo nombra al concreto *status* de

---

[66] Así, por ejemplo, el mandato vitalicio de los jueces de la Corte Suprema de EEUU equivale a la máxima expresión de dicha voluntad de escisión entre el circuito político y el ejercicio de la función de control de la constitucionalidad.

[67] Venice Commission, *CDL-AD (2015)037 - First opinion on the Draft amendments to the Constitution of the Republic of Armenia*, cit. parr. 181; Venice Commission, *CDL-AD(2005)005 - Opinion on Draft Constitutional Amendments relating to the Reform of the Judiciary in Georgia*, 2005, parr.8.

los cargos públicos[68] (inamovilidad, causas de cese, régimen de incompatibilidades, etc.). En palabras de nuestro Tribunal Constitucional: «la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación, sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico»[69].

En España, una minoría de contrapoderes institucionales tiene reconocida explícitamente la inamovilidad de sus miembros (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas y Junta Electoral Central), lo cual es una potente garantía para la independencia de estas instituciones, dirigido a evitar injerencias por parte del poder político, y que conlleva la eliminación de la posibilidad de que pueda terminarse el mandato debido a una revocación discrecional[70] ya que, tal y como advierte el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si el Estado «tuviera la posibilidad de poner fin al mandato de una autoridad de control antes de que este llegue al término inicialmente previsto […] por la legislación aplicable, la amenaza de tal terminación anticipada que en tal caso planearía sobre esa autoridad durante todo su mandato podría generar una forma de obediencia de ésta al poder político incompatible con dicha exigencia de independencia»[71].

Por tanto, el principio de inamovilidad cristalizado en la fijación de un plazo determinado y la prohibición de cese discrecional a través de la limitación de las causas de cese son garantías estructurales básicas para garantizar la independencia de los contrapoderes institucionales desde una perspectiva funcional y orgánica, en tanto buscan conjurar la captura de los cargos de estas instituciones por parte de las fuerzas políticas mediante el refuerzo de la estabilidad en el cargo, lo cual permite al miembro en cuestión desempeñar sus funciones sin estar sometido a intereses o presiones externas provenientes de actores políticos que pudieran tener incidencia en su permanencia en el puesto.

Consiguientemente, las causas de cese deben ser tasadas, objetivas, razonables y específicas, no de carácter vago o ambiguo que pueda camuflar un cese discrecional[72], por ejemplo, «incumplimiento grave de sus obligaciones o deberes en el cargo» como causa de cese plantea problemas en tanto se trata de un supuesto aparentemente amplio e

---

[68] F. Santaolalla López; C. Pauner Chulvi, *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos, op. cit*., p. 62.

[69] STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 10.

[70] M. Salvador Martínez, *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 290.

[71] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de abril de 2014, *asunto C-288/12*, ap. 54.

[72] Venice Commission, *CDL-AD (2002)023rev2-cor - Código de buenas prácticas en materia electoral.*, *op. cit*., p. 26, parr. 77.

indeterminado[73]. Por tanto, es preferible que se detalle de forma más precisa en la norma en qué pueden consistir tales incumplimientos.

Asimismo, las causas deberán interpretarse de forma estricta, y la Comisión de Venecia aconseja que la mayoría parlamentaria sea igual o superior a la requerida para la elección[74]. En este sentido, por ejemplo, el art. 13.1 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, exige, para cesar a los consejeros del Consejo de Administración de la Corporación de Radio y Televisión Española (RTVE), una mayoría de dos tercios del Congreso de los Diputados, es decir, la misma mayoría que se requiere para su elección, aunque cabe reseñar que se permite que la causa del cese sea cualquiera tomada por decisión motivada de la Cámara.

Además, el procedimiento de remoción[75] debe estar revestido de garantías por lo que requiere de la apertura e instrucción del expediente para tramitar la aplicación de la causa, con audiencia del afectado, para verificar la existencia de dicha causal establecida por el legislador para su cese. Se aceptan pues como causas justificadas de remoción: la incapacidad permanente, la incompatibilidad sobrevenida, la renuncia al cargo, la condena firme por delitos dolosos, o el incumplimiento jurídico grave de sus obligaciones entendido de forma estricta (no la mera discrepancia con el parecer político del gobierno).

Por último, también es óptimo establecer un régimen de inhabilidades para los miembros de los contrapoderes una vez han culminado su mandato, que les conminen a abstenerse de desempeñar determinadas actividades profesionales relacionadas con la materia y la labor realizada en dicha institución durante un tiempo determinado posterior a la dejación del cargo.

3.4. Autonomía organizativa, presupuestaria y financiera; acompañada de la consiguiente *accountability*

Otro de los factores clave para examinar la independencia de los contrapoderes institucionales es el relativo a su autonomía organizativa y financiera, ya que las garantías constitucionales de configuración y funcionamiento de tales instituciones no son suficientes para salvaguardar dicha independencia. Es crucial que cuenten con recursos suficien-

---

[73] Tal y como prevén, entre otros, el art. 5.1.4 de la LO 3/1981, de 6 de abril, respecto al Defensor del Pueblo, pero también el art. 31.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, respecto al Ministerio Fiscal; o el art. 23.1.f de la Ley 3/2013, de 4 de junio respecto a los miembros de la CNMC, y el art. 48.5.a de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, respecto a la Presidencia y el Adjunto de la AEPD.

[74] Venice Commission, *CDL-AD (2019)005 - Principles on the protection and promotion of the Ombudsman Institution*, *op. cit*., ppo. 11.

[75] Que bien puede darse desde el propio órgano (como en el caso del Tribunal Constitucional) o bien por parte de un órgano externo (*e.g.*, el Parlamento, como en el caso del Defensor del Pueblo).

tes para ejercer sus funciones y que tengan capacidad de decisión sobre su presupuesto y la administración del mismo[76], puesto que la falta de dichos medios materiales y humanos pueden devenir causas que condicionen y/o dificulten el correcto ejercicio de su tarea de contrapeso.

En el caso español, algunos contrapoderes tienen reconocida dicha autonomía organizativa, presupuestaria y financiera a nivel legal (art. 10.3 LOTC, art. 6 LOTCU o CGPJ en el art. 565 LOPJ). A otros se les dota de libertad para designar a su personal, pero dentro de los límites que se insertan dentro del Presupuesto de las Cortes Generales (art. 37 LODP) o del Estado (arts. 40 y ss del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos y art. 33 Ley de creación de la CNMC), por lo que si bien cuentan con patrimonio propio carecen de autonomía financiera y presupuestaria. En este segundo escenario se reduce en la práctica la independencia de dichas instituciones, pues cabría la posibilidad de que un Gobierno incómodo con las actuaciones de uno de estos contrapoderes recortara la asignación presupuestaria que les corresponde, o incluso que en un contexto de crisis económica se debiera disminuir el presupuesto asignado, lo que resultaría en una falta de estabilidad temporal para la institución[77].

Ahora bien, si miramos la otra cara de la moneda, este reconocimiento de autonomía que busca apuntalar la efectiva independencia de los contrapoderes institucionales exige un equilibrio con su *accountability*. Si bien es cierto que la independencia y el control permanente son efectivamente contradictorios, en tanto el control continuo restringe la autonomía de decisión del contrapoder, elemento esencial para su efectiva independencia; también lo es que cuando se le reconocen ámbitos de autonomía, esta debe acompañarse de mecanismos de rendición de cuentas para evitar un abuso o desvío de poder.

Indudablemente la sustracción de los contrapoderes del ámbito del poder de dirección del Gobierno para despolitizar sus funciones conlleva el riesgo de crear ámbitos exentos de los controles político-democráticos (que no jurídicos[78]), por lo que debe tratar de paliarse mediante mecanismos de imputación de responsabilidad en el sentido de *accountability*.

Consiguientemente, es menester aclarar qué entendemos por *accountability* (traducida como «rendición de cuentas»), pues abarca tres modos distintos en los que se materializa la técnica específica de

---

[76] Venice Commission, *CDL-AD (2013)032 - Opinion on the final draft Constitution of the Republic of Tunisia*, *op. cit*., p. 32.

[77] J. García-Verdugo, «El diseño institucional de la CNMC: análisis crítico y propuestas de reforma», *FUNCAS Papeles de Economía Española*, 145, 2015, p. 39.

[78] Ya que su labor podrá ser controlada jurídicamente por el poder judicial en términos de garantizar que las actuaciones de los contrapoderes se enmarquen dentro de los límites establecidos por el ordenamiento.

control del poder. Empezando por el doble significado de la noción de *answerability,* bien podemos referirnos al poder que se otorga a una institución para requerir a las instituciones que deben rendir cuentas para que remitan información relativa a sus decisiones (monitorización), o bien que además justifiquen las razones sobre las cuales se han basado dichas decisiones (justificación), Mientras que el aspecto de *enforceability* de la rendición de cuentas incluye un elemento de sanción u otras consecuencias negativas para comportamientos indebidos[79].

Así pues, más allá del control que se realiza en cierto modo *ex ante* mediante los procedimientos de designación y cese de los cargos directivos de estas instituciones, los contrapoderes institucionales deben rendir cuentas, preferentemente ante el Parlamento, como órgano de representación popular, en términos de *answerability*, es decir, de información, ejercicio activo de transparencia institucional y justificación técnica, mediante, por ejemplo, la presentación de informes o la comparecencia parlamentaria de su cúpula directiva. Sin embargo, no se exigirá dicha rendición como *enforceability*, en tanto no podrán ser sancionados con la revocación de los miembros, sino que el *feedback* debe desarrollarse en un sentido orientativo.

En nuestro ordenamiento jurídico se suele recoger la exigencia de rendición de cuentas de la actividad de las instituciones de contrapoder tanto con la obligación de presentar regularmente informes y memorias a las Cortes Generales, como con el establecimiento de comparecencias de los directivos ante la Comisión correspondiente del Congreso.

Asimismo, en términos de *answerability,* estas instituciones deben llevar a cabo un ejercicio de transparencia mediante la publicación de información institucional sobre su actividad de forma clara y accesible, de manera que la ciudadanía interesada pueda conocer tanto el fundamento de las decisiones tomadas como las reglas de funcionamiento del órgano, especialmente en tanto la confianza y la credibilidad de los contrapoderes se encuentran en la base sobre la que se construye su eficacia.

De este modo se puede lograr un equilibrio adecuado entre la necesaria independencia y autonomía de los contrapoderes institucionales y su deber de rendir cuentas respecto a las funciones que llevan a cabo. En todo caso y en relación con la rendición de cuentas de las autoridades independientes, encontrarán un análisis más profundo en el precedente capítulo 10 del presente libro que firma Marco Antonio Simonelli.

---

[79] A. Schedler, «Conceptualizing Accountability», en A. Schedler, L.J. Diamond, M.F. Plattner (eds.), *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1999, pp. 14-17.

4. CONCLUSIONES

Sobre la base de los estándares y parámetros analizados, podemos esbozar algunas propuestas generales que mejorar las garantías de independencia de los contrapoderes en España, a fin de reforzar dichas instituciones frente al riesgo de politización.

Previamente, al margen de las propuestas normativas que puedan hacerse, debemos destacar la relevancia de la aplicación de las propias normas, pues hasta el mejor de los diseños institucionales es incapaz de evitar e impedir toda influencia de terceros (y especialmente de los actores políticos) sobre los contrapoderes. Si bien el marco jurídico debe establecer mecanismos de garantías que limiten al máximo posible tales fuentes de influencia, poco se puede hacer si el funcionamiento de los contrapoderes pervierte la lógica que subyace a su elaboración en términos de *checks and balances* dentro del Estado Constitucional.

Realizada esta prevención, pasamos a señalar aquellos parámetros que podrían inspirar estándares de buenas prácticas en el ámbito de la composición de los contrapoderes institucionales desde una perspectiva de conjunto.

Como hemos señalado, para que estas instituciones cumplan con su función de contrapoder es fundamental que funcionen de la forma más independiente y técnica posible y, para ello, es preciso buscar una composición no partidista y despolitizada que vaya más allá de la parlamentarización de los procedimientos de nombramiento. Desde luego es preferible a la designación por parte del Gobierno, pero no puede por sí sola generar una dinámica que suponga cambios sustanciales respecto a la independencia de los contrapoderes, ya que meramente desplaza al Parlamento la fuente de politización, cosa que, en el marco del funcionamiento del Estado de partidos, ni siquiera suele cambiar la raíz del control político. Por ende, sería conveniente considerar, por ejemplo, la incorporación de miembros expertos con legitimidades distintas a la parlamentaria, aunque sea en una proporción reducida en el proceso de selección.

Por otro lado, actualmente los criterios de elección, aunque se orientan a valorar la competencia técnica y profesional, son bastante difusos, con los riesgos que ello supone. Consiguientemente, para lograr nombramientos lo menos partidistas y más competentes posibles, deberían introducirse requisitos más precisos y objetivos respecto los méritos relevantes a valorar en la selección de los candidatos, que debería ser argumentada y realizada con arreglo a los mismos.

Queda pendiente, por tanto, reformar el marco jurídico actual (legal y/o preferiblemente a nivel constitucional) a fin de proteger de modo más efectivo la independencia de los contrapoderes y evitar su captura

por parte del gobierno o de las fuerzas políticas mayoritarias o que, a falta de acuerdo entre estas, se bloquee su renovación y se impida su normal funcionamiento. Dicha reforma debería abordar, además de las cuestiones recién mencionadas, la garantía de inamovilidad de los miembros de aquellos contrapoderes que aún no gozan de dicho reconocimiento legal, objetivar y concretar las causas de cese a fin de evitar remociones discrecionales encubiertas, delimitar sus funciones esenciales, reconocer autonomía financiera a aquellas instituciones que siguen dependiendo del poder político para gestionar sus propios recursos y, en consecuencia, reforzar los mecanismos de *answerability* de los contrapoderes.

En definitiva, la trascendencia de las funciones que realizan los contrapoderes institucionales como parte del complejo sistema de división de poderes actual exige una regulación que contribuya a la efectiva realización de los *checks and balances* y a la salvaguarda de los derechos fundamentales, componentes esenciales de la democracia constitucional.

5. BIBLIOGRAFÍA

Andrés Ibañez, P., «Imparcialidad judicial e independencia judicial», en *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

Aragón Reyes, M., *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1995.

Baamonde Gómez, L., «Nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la "cesta institucional"», *Revista de Derecho Político*, 113, 2022.

Boix, A.; de la Sierra, S.; Guichot, E.; Manfredi, J. L., «Hacia un modelo de regulación para garantizar la independencia de las televisiones públicas en España», *Cuadernos: (Círculo cívico de opinión)*, 27, 2020.

Carmona Contreras, A., «Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica», *Revista de las Cortes Generales*, 113, 2022.

Castellà Andreu, J. M., «Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia», *Estudios de Deusto*, vol. 70 (1), 2022, pp. 35-53.

— «Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España», *DPCE Online*, 55, 2023.

Castillo Ramos-Bossini, S. E., «El nombramiento de los altos cargos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 2023, p. 28.

Cuenca Miranda, A., «La intervención parlamentaria en la designación de cargos públicos», *Revista de las Cortes Generales*, 113, 2022.

Everson, M.; Metcalfe, L.; Schout, A., «The role of specialised agencies in decentralising EU governance», Maastricht, EIPA, 2000.

Fernández Farreres, G., «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105, 2015, pp. 13-49.

Fernández Rojas, G., «Las administraciones independientes de regulación y supervisión en España», *Vniversitas*, 109, 2005.
Fombad, C., «The Diffusion of South African–Style Institutions? A Study in Comparative Constitutionalism», en R. Dixon, T. Roux (eds.), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 359-387.
García Costa, F. M., «Modelos comparados de intervención parlamentaria en el nombramiento de autoridades», *Criterio Jurídico*, 9 (2), 2009.
— «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad», *Revista Documentación Administrativa*, 289, 2011.
García-Pelayo, M., *El estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986.
García-Verdugo, J., «El diseño institucional de la CNMC: análisis crítico y propuestas de reforma», *FUNCAS Papeles de Economía Española*, 145, 2015.
González Campañá, N., «La defensa europea de la independencia del Poder Judicial en el marco de la protección del Estado de derecho: la crisis del CGPJ en España.», *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 2022.
Hamilton, A.; Madison, J., *El federalista*, Madrid, Ediciones Akal, 2015.
Igartua Salaverría, J., *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.
Lucas Murillo de la Cueva, P., «Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales (comentarios sobre la actualidad)», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 13, 2020.
Magide Herrero, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2000.
Malaret i García, E., «Capítulo quincuagésimo. A vueltas con las garantías de la independencia de las autoridades de regulación: a propósito de los nombramientos (y ceses) y del alcance», en L. Parejo, J. Vida (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo xxi: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, vol. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
Martín-Retortillo Baquer, L., «Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades», *Revista de Administración Pública*, 130, 1993.
Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1985.
Morell Ocaña, L., *Curso de Derecho administrativo I*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
Murray, C., «Human Rights Commission Et Al: What is the role of South Africa's Chapter 9 Institutions?», *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 9 (2), 2017.
Paladin, L., *Diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1998.
Patroni Griffi, A., «L'indipendenza del Garante», *Federalismi - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato ed europeo*, 4, 2018.
Pesole, L., «La Composición Pluralista y no Representativa de la Corte Constitucional Italiana», *Revista de derecho (Valdivia)*, 17, 2004.
Presno Linera, M. Á., «Cuotas de partido, sistemas de botín y clientelismo político», *Revista Jurídica de Asturias,* 23, 1999.
Sala Arquer, J. M., «El Estado neutral», *Revista española de derecho administrativo*, 42, 1984.

Salvador Martínez, M., *Autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.

Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de derecho administrativo.*, Madrid, Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.

— «La prorrogatio de los órganos constitucionales: apuntes mínimos sobre un tema que no lo es», *Revista española de derecho constitucional*, 28 (84), 2008.

Santaolalla López, F., «El problema de la renovación de los órganos constitucionales», *Revista de Derecho Político*, 77, 2010.

Santaolalla López, F.; Pauner Chulvi, C., *Procedimientos de designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Schedler, A., «Conceptualizing Accountability», en A. Schedler, L. J. Diamond, M. F. Plattner (eds.), *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*, Colorado, Lynne Rienner Publishers, 1999.

Tajadura Tejada, J., «La jefatura del Estado como "poder neutral" en los regímenes parlamentarios de Italia y España», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2020.

Tomás y Valiente, F., «Discurso con ocasión de la renovación del Tribunal en 1989», en *Tribunal Constitucional. Discursos de sus Presidentes (1980-2005),* Madrid, Tribunal Constitucional - Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2006.

Tuori, K., «Popular sovereignty and independent bodies», en I. Nguyen, S. Bragdø-Ellenes, I.l. Backer, S. Eng, B.e. Rasch (eds.), *Uten sammenforligning*, Bergen, Fagbogforlaget, 2020, pp. 645-668.

Tushnet, M., «Institutions protecting constitutional democracy: Some conceptual and methodological preliminaries», *University of Toronto Law Journal*, 70 (2), 2020.

Vilalta Reixach, M., «Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 2022.

CAPÍTULO XII

LAS INSTITUCIONES FISCALES INDEPENDIENTES COMO INSTITUCIONES CONTRAMAYORITARIAS. EL CASO DE ESPAÑA

Antonio-Martín Porras Gómez
Profesor Lector de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

Las instituciones contramayoritarias protegen los derechos e intereses de aquéllos que no ostentan el poder político (en una democracia, esto serían las minorías, así como las que podríamos llamar «mayorías silenciosas») de la acción por parte de los que ejercen dicho poder (en el contexto democrático, esto sería la mayoría, los grupos de presión, y sus representantes). Las instituciones contramayoritarias pueden proteger intereses difusos o los intereses de grupos específicos dentro de la población[1], y, como tales, constituyen un mecanismo para evitar el «abuso del poder».

Vinculando el poder político al control de las instituciones contramayoritarias, se pretende evitar una situación de «tiranía de la mayoría». Pero ¿cómo concebir una institución contramayoritaria en un estado constitucional, en el que el poder reside precisamente en el pueblo, expresado a través de la mayoría? ¿Cómo ejercer poder

[1] S. Alberts, C. Warshaw y B. R. Weingast, «Democratization and Countermajoritarian Institutions», *Comparative constitutional design*, 2012, p. 75.

contramayoritario en un sistema intrínsecamente mayoritario? Esta paradójica contradicción solo se puede superar confiriendo autonomía y protegiendo la independencia política de las instituciones contramayoritarias. Y esta independencia, como ausencia de vinculación con el mandato democrático en un momento determinado, sólo se puede cohonestar con el valor democrático a través del engarce directo en un objetivo claramente fijado en la constitución y la ley. En el caso de las instituciones financieras internacionales (en adelante, IFIs), esto se hace a través de la vinculación con los objetivos de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, que en el Derecho constitucional español están consagrados en la Constitución (CE), el Derecho de la Unión Europea (UE) y la ley.

Como centro de poder efectivo en los sistemas democráticos, y como órgano director de la política, el poder ejecutivo se erige como objeto preeminente del control (y potencial sanción) de las instituciones contramayoritarias. Entre ellas, están las IFIs, que vigilan el desempeño global de la política fiscal, enfocándose en la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. Las IFIs han proliferado al compás de las últimas tendencias del constitucionalismo contemporáneo. En este sentido, puede decirse que son realidades situadas en la frontera del Derecho constitucional.

Este capítulo pretende, en primer lugar, desde una perspectiva formal, indagar en la concepción de las IFIs como instituciones contramayoritarias. En segundo lugar, desde una perspectiva empírica, describe la forma en que se ha expresado su diseño en la arquitectura constitucional española. En tercer lugar, desde una perspectiva legal-doctrinal, lleva a cabo un estudio sobre la coherencia que dicho diseño tiene con el arquetipo dogmático de IFI, así como su encaje en el sistema de equilibrio de poderes español. Esta indagación doctrinal subrayará algunas contradicciones en el diseño de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (en adelante, AIReF), siendo la principal conclusión que la misma no cuenta con una autonomía funcional tan bien fundada como debería corresponderle en virtud de su condición como institución contramayoritaria, y, por tanto, su posición en la arquitectura constitucional se ve menoscabada.

2. LA RAZÓN DE SER DE LAS IFIS COMO INSTITUCIONES CONTRAMAYORITARIAS

En el contexto del constitucionalismo democrático, los gobiernos dirigen la política fiscal, tanto en los sistemas parlamentarios como en los presidenciales. Como «directores de política», se supone que los ejecutivos expresan la voluntad de la mayoría democrática. Esto genera la expectativa de que el diseño global de las políticas fiscales (es decir,

la previsión agregada del ingreso y la ejecución del gasto público) sea un reflejo de la voluntad popular y, por lo tanto, exprese las opciones Pareto-óptimas de mayor utilidad para el conjunto de la población. Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, existen sesgos sistémicos en el diseño de ciertas políticas que producen resultados subóptimos de utilidad pública. En efecto, dejados a su libre designio, los gobiernos tenderán a concebir políticas procíclicas que generarán déficits fiscales y acumulación de deuda pública. Los políticos se benefician particularmente (en forma de ganancias electorales) al incurrir en un déficit que al final serán otros quienes paguen (ya sean las generaciones futuras, ya sean los bancos, otros intermediarios financieros o ahorradores en general[2]). Esto implica desviarse de las políticas que la ciencia económica ha demostrado como más adecuadas en el largo plazo (si lo que se busca es un resultado de crecimiento económico sostenible y de equidad en la distribución de la renta).

La existencia de instituciones contramayoritarias se justifica en su capacidad para contrarrestar un sesgo sistémico en el ejercicio del poder que tiende a desviar las políticas públicas de su óptimo estándar. En el caso de la política fiscal, se produce una discrepancia entre la estrategia ideal a largo plazo y los estímulos a corto plazo que influyen en los decisores políticos. La preocupación de estos por su reelección puede generar una perspectiva miope y un incentivo oportunista para aumentar el gasto público o retrasar ajustes fiscales, con el fin de ganar apoyo inmediato de los votantes en las elecciones. Esto ocurre porque los políticos tienden a asumir que el pago de las deudas acumuladas será responsabilidad de un gobierno distinto, en un incierto futuro. Este sesgo sistémico, que sacrifica el interés común por el de los políticos (que a su vez podrá expresar determinados intereses de las minorías y de las generaciones actuales, en detrimento de los de la mayoría y de las generaciones futuras), enlaza con un problema de «acción colectiva»[3]: los aumentos de gasto público (o las reducciones de impuestos) pueden beneficiar más a ciertos grupos que a otros. Los políticos que dirigen el ejecutivo, así como los grupos de interés que eventualmente puedan haberlos capturado, tienden a primar sus intereses particulares sobre el interés de la mayoría de la población. Igualmente, primarán el interés de las generaciones actuales sobre el de las generaciones futuras. Dado que el impacto en los intereses de la mayoría es difuso, y el beneficio de las minorías (así como sus posibles «captores») es concentrado, los grupos más favorecidos tenderán a presionar para obtener beneficios

[2] Como ha sido el caso reciente de la República Libanesa. H. Baumann, «The causes, nature, and effect of the current crisis of Lebanese capitalism», *Nationalism and Ethnic Politics*, *25*(1), 2019, pp. 61-77.

[3] M. Olson, *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y la teoría de grupos*, México DF, Limusa, 1992, pp. 15-75

sin tener en cuenta los costes que generará la deuda para la mayoría y para las generaciones futuras.

Con el objetivo de prevenir desviaciones respecto a las políticas fiscales óptimas, se ha extendido el reconocimiento constitucional y legal de las reglas fiscales. Sin embargo, asegurar su cumplimiento no es fácil[4]. El respeto de estas reglas se ve obstaculizado por un problema de asimetría de la información: los grupos de interés y los políticos cuentan con más información y un mejor entendimiento que la generalidad de la población, y eso les permitirá formular y mantener unas políticas que no satisfagan los intereses de la mayoría. Y es aquí donde se sitúan las IFIs, como instituciones que tienen por objeto primordial reducir esta asimetría de información, con «luz y taquígrafos» que permitan a la población y al parlamento saber cuánto déficit y cuánta deuda hay, y a quién benefician. Las IFIs ejercen una verificación que, como tal, tiene un fin de generación de transparencia. Esta transparencia permite la rendición de cuentas, a los efectos últimos de influir en las políticas públicas y así encauzarlas por senderos más respetuosos con los fines constitucional y legalmente consagrados de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria.

El término IFI hace referencia a una institución funcionalmente independiente de las autoridades presupuestarias (entendiendo por tales las encargadas de planificar y ejecutar el presupuesto), que informa sobre la situación fiscal en lo relativo a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera[5]. La puesta en marcha de estos organismos se comenzó a popularizar en la década de los noventa, en un contexto de crisis recurrentes de las finanzas públicas. Con la crisis de 2008 se dio un fuerte impulso a su creación, dada la necesidad de salvaguardar la disciplina fiscal en un contexto internacional de fuerte aversión al riesgo de la deuda pública. Fue en este sentido que el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2012 determinó en su art. 3.2 la necesidad de instituciones independientes responsables de supervisar a escala nacional la observancia de los topes y reglas que conforman dicho pacto presupuestario. Siguiendo la línea de dicho tratado intergubernamental, el art. 5 del Reglamento UE 473/2013 estableció la obligación de los Estados miembros de dotarse de organismos independientes encargados de seguir el cumplimiento de las reglas presupuestarias.

La misión de las IFIs se limita a mejorar la transparencia de las políticas fiscales, desde un punto de vista macro, a nivel del conjunto del presupuesto. Por lo tanto, las IFIs hacen un análisis agregado de datos, y no se enfocan en el ámbito de la fiscalización de los ingresos

---

[4] R. Briffault, «Disfavored constitution: State fiscal limits and state constitutional law». *Rutgers LJ*, *34*, 2002, p. 949.

[5] M. R. M Beetsma,y M. X. Debrun, *Fiscal councils: rationale and effectiveness*. *International Monetary Fund*. *IMF Working Paper,* núm. 186, 2016, pp. 7-23.

y los gastos desde el punto de vista micro, a nivel de las líneas y partidas presupuestarias, programas y transacciones, lo cual es la actividad propia de la auditoría pública, que es la que cuenta con prerrogativas concretas de inspección. De la misma forma, las IFIs tienen un enfoque más orientado al largo plazo, hacia la estabilidad de las finanzas públicas; al contrario que los auditores públicos, que tienen un enfoque más de corto plazo, orientado a la legalidad en la ejecución del presupuesto en un ejercicio financiero determinado, y a su correcto reflejo contable.

Las IFIs se pronuncian sobre aquellas cuestiones que afectan a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. En este sentido, pueden evaluar todo el ciclo presupuestario, y sus funciones pueden sistematizarse en torno a los distintos momentos del mismo:

1) Control *ex ante*:

1.1. Análisis de la sostenibilidad financiera a largo plazo, el cual implica un examen de las tendencias de los activos y pasivos del sector público;

1.2. Análisis del coste de las iniciativas políticas[6] (tanto del gobierno como, en algunos casos, de los programas electorales[7]);

1.3. Análisis de los pronósticos macroeconómicos[8] (pues los objetivos de estabilidad y sostenibilidad se referencian a variables macroeconómicas que pueden ser distorsionadas, o, directamente, manipuladas);

1.4. Análisis sobre la concurrencia de circunstancias excepcionales que requieran una política fiscal expansiva que relaje las reglas fiscales.

2) Control sobre los proyectos de presupuestos.

3) Control *ex post*:

3.1. Control sobre el cumplimiento de los objetivos de la política fiscal tras la ejecución presupuestaria;

3.2. Análisis de la transparencia fiscal.

Las IFIs operan en el contexto de las normas fiscales existentes, formando parte de un más amplio circuito de garantía para que las mismas se cumplan. Dichas normas pueden verse infringidas, ya sea porque

---

[6] X. Debrun, *et al*., *The functions and impact of fiscal councils*. *IMF Policy Paper*, 2013, p. 16.

[7] Australia, Canadá, Letonia y los Países Bajos. N. Aldea Martínez, *La posición constitucional de la AIReF en el control de la estabilidad presupuestaria*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2023, p. 101.

[8] X. Debrun, D. Hauner, y M. S. Kumar, «Independent fiscal agencies». *Journal of Economic Surveys*, *23*(1), 2009, pp. 61 y 62.

el ejecutivo haga proyecciones demasiado optimistas de la situación macroeconómica (lo que supondría «mover la portería» para acercar el objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera), o porque, sencillamente, no se atenga a las normas de déficit y deuda (lo que supondría «errar el tiro»). Este incumplimiento podría producirse incluso con el beneplácito del legislativo, especialmente en escenarios de parlamentarismo partitocrático. Las IFIs intentan asegurar que el ejecutivo no parte de premisas incorrectas en lo relativo a los escenarios macroeconómicos, puesto que las previsiones de ingresos, y los presupuestos cíclicamente ajustados, se referencian a las expectativas de crecimiento de la economía. Previsiones que pueden ser desacertadas o estar manipuladas. Igualmente, verifican que lo que se gasta y lo que se ingresa respeta los objetivos de estabilidad presupuestaria. Finalmente, las IFIs verifican que la situación de los pasivos exigibles al sector público es sostenible en el tiempo (siendo en este último ámbito donde existe un potencial solapamiento con la actividad de los auditores públicos). Por lo tanto, las IFIs reducen una situación de asimetría de información, arrojando transparencia. Esta función de transparencia es particularmente importante en unos ámbitos de gran complejidad técnica como la contabilidad nacional, la contabilidad pública y la macroeconomía. Las IFIs certifican la política fiscal, y la vuelven más transparente... lo cual permite generar costes de reputación, y, eventualmente, costes jurídicos (en caso de que la ley así lo prevea).

Las IFIs parten de la premisa de que la sostenibilidad financiera es buena. A este respecto, existe un acuerdo en torno al hecho de que los presupuestos procíclicos que incurren sistemáticamente en déficit distorsionan los objetivos de inflación, disminuyen la inversión privada, generan dinámicas de crecimiento de la deuda por encima de los umbrales que los agentes económicos puedan considerar como sostenibles, y perjudican el crecimiento económico[9]. Esta posición normativa de la sostenibilidad financiera se asienta dogmáticamente con facilidad dentro del sistema axiológico y teleológico del constitucionalismo liberal. En primer lugar, porque es necesaria para asegurar la supervivencia misma del Estado (y evitar que este degenere en un «Estado fallido»). Segundo, para asegurar un cierto nivel de equidad intra y, sobre todo, intergeneracional. Tercero, en el ámbito de la UE, para evitar una crisis de deuda que entrañaría una corresponsabilidad entre todos los países europeos (a efectos de evitar una crisis financiera), en un contexto de «riesgo moral» en el que los Estados, individualmente considerados, pueden trasladar las consecuencias negativas de sus acciones a los otros Estados miembros o a la propia UE. Como podemos observar, los dos primeros valores tocan el núcleo duro de la arquitectura constitucional: existencia misma del Estado y respeto de los derechos de aquéllos que no tienen voz (las mino-

[9] J. Woo y M. S. Kumar, «Public debt and growth». *Economica*, *82*(328), 2015, pp. 705-739.

rías actuales, y las generaciones futuras). Y el tercero se conecta con un elemento central para el correcto funcionamiento de la UE como Unión Económica y Monetaria (art. 3.4 del Tratado de la Unión Europea).

A estos tres fundamentos axiológicos se pueden agregar dos fundamentos teleológicos referidos a la existencia de las IFIs en particular. Uno de carácter intrínsecamente constitucional, como es la preservación de la veracidad de la información económica sobre la que se construye el presupuesto del Estado. Y otro ya contingente (en el sentido de no conectado con la ontología del Derecho constitucional o con la configuración institucional básica de la UE), que es el aseguramiento de una consistencia en el respeto, a lo largo del tiempo, de unos objetivos fiscales que el poder constituido haya podido fijar legislativamente. En cierto modo, este último objetivo refleja una concepción paternalista en la que hay que corregir las decisiones tomadas por los representantes y por los mismos ciudadanos, a los efectos de conseguir un resultado óptimo de maximización del interés común.

En este contexto, el diseño al que se llega es al de un sistema en el que las decisiones de política fiscal las propone el ejecutivo y las aprueba el legislativo, pero dentro de unos límites que reflejan un consenso constitucional, un consenso europeo, y un objetivo político del poder constituido. Todo ello en un sistema en el que las IFIs se erigen en fuerza compensatoria en el juego constitucional de pesos y contrapesos, elevando el coste político (y, eventualmente, jurídico) de aquellas políticas que no sigan las reglas fiscales establecidas[10].

3. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE RESPONSABILIDAD FISCAL COMO IFI

La AIReF es la IFI de España, y se creó a través de la Ley Orgánica 6/2013 (LOAIReF), institucionalizándose con la aprobación de su Estatuto Orgánico por Real Decreto 215/2014. La AIReF se configura jurídicamente como un ente que ejerce sus funciones con una pretendida autonomía e independencia *funcional* respecto de las Administraciones Públicas (art. 1 LOAIReF). Una independencia funcional que no es orgánica, pues, conforme al art. 7.2 LOAIReF, «la Autoridad se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas». Se pretende que dicha adscripción «en ningún caso afectará a su autonomía e independencia funcional». Aunque lo cierto es que determinados aspectos del diseño institucional, realmente, no cuadran muy bien con dicha afirmación.

[10] L. Calmfors y S. Wren-Lewis, *What should fiscal councils do?,* Institute for International Economic Studies Seminar paper núm. 768 Institute for International Economic Studies, 2011.

Las funciones de la AIReF pueden ser analizadas siguiendo el esquema de control del ciclo presupuestario. En primer lugar, se informa sobre el encuadramiento de los presupuestos, incluyéndose aquí las previsiones macroeconómicas y su metodología, los programas de estabilidad, los objetivos de estabilidad, y la concurrencia de circunstancias excepcionales que puedan suspender las reglas fiscales (esto último se dio el 13 de octubre de 2020, como resultado de la crisis del COVID-19[11]). Segundo, se informa sobre los proyectos de presupuestos. Tercero, durante el año presupuestario en curso, se identifican posibles riesgos en el cumplimiento de los objetivos presupuestarios. Y finalmente, se informa sobre la ejecución presupuestaria, así como, en caso de incumplimientos, sobre los planes económico-financieros de las administraciones incumplidoras y la recomendación de la eventual aplicación de mecanismos de corrección.

Para llevar a cabo sus funciones, la AIReF emite informes, opiniones y estudios, en una tipología que está tasada en la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre (LOAIReF), que dispone su creación. La AIReF no tiene propiamente una capacidad de formular o ejecutar políticas, estando su función limitada a verificar la conformidad con las reglas fiscales preestablecidas. Eso sí, puede *informar* sobre la conveniencia de activar las medidas preventivas, correctivas y coercitivas previstas en el capítulo IV de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF). Es decir, puede «recomendar sanciones».

Es el carácter de independencia respecto del poder político (que, en democracia, siempre será «mayoritario», en el sentido de emanado de la mayoría) el que tiene que presidir la actividad de las IFIs, por mor de su propia razón de ser como instituciones contramayoritarias comprometidas con el interés común. Un interés común que en este caso se identifica con la sostenibilidad financiera del Estado, consagrada constitucional y legislativamente. Dicho lo cual, la independencia presupone una lealtad institucional, de carácter tecnocrático, hacia la comunidad epistémica de la macroeconomía, la contabilidad nacional y la contabilidad pública. Igualmente, la independencia no excluye la necesidad de mantener dinámicas de interacción óptima con sus *stakeholders* para alcanzar una mayor *auctoritas*.

La independencia funcional de la AIReF pretende fundamentar su configuración jurídica como institución contramayoritaria. El Reglamento UE 473/2013 (sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona euro)

[11] AIREF, *Informe sobre la concurrencia de las circunstancias excepcionales a las que hace referencia el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera,* 13 de octubre de 2020.

prevé en su art. 2.1 que la independencia de las IFIs ha de venir dada por la autonomía funcional de las mismas respecto de las autoridades presupuestarias de los Estados miembros, debiendo positivizarse jurídicamente tal cualidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, si la AIReF se adscribe al Gobierno, deja de tener independencia orgánica, lo cual puede acabar incidiendo en su independencia funcional.

Para comprobar el grado efectivo de independencia funcional de la AIReF, pasamos a analizar los distintos elementos que podrían sustentar la misma.

3.1. Órgano de creación legal

El primer fundamento de la independencia de una IFI radica en su reconocimiento y en la definición jurídica de sus funciones, asegurando especialmente el acceso a la información financiera necesaria para cumplir con sus responsabilidades. En el caso de la AIReF, la positivación jurídica no se produce en la propia CE. La ausencia de mención a la AIReF en la Constitución puede tener cierto sentido, toda vez que no es un órgano supremo de poder, sometiéndose orgánica (y en parte, también funcionalmente) al Gobierno y a las Cortes. De esta manera, conforme a su configuración, sería un órgano que no forma parte de la «constitución material» en el sentido kelseniano[12]. Sin embargo, la AIReF tiene un fuerte engarce constitucional, que viene dado por el desarrollo que hace del principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el art. 135 CE, por el papel que desempeña dentro de la LOEPSF, y por el carácter orgánico de su ley de creación (LOAIReF).

Si bien es cierto que es una tendencia del constitucionalismo contemporáneo acoger en las constituciones formales un número creciente de autoridades independientes[13], en el ámbito de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) solo tienen estatus constitucional las IFIs de Hungría, Lituania y Eslovaquia. Parece que se da por sentado que las IFIs, efectivamente, no forman parte de la constitución material. Y no son parte de esa generación de nuevas instituciones independientes que pasan a constitucionalizarse en las más recientes cartas constitucionales ¿Qué se gana, y qué se pierde, con su no constitucionalización? Se gana en un mejor ajuste entre constitución material (en sentido kelseniano) y constitución formal. Lo cual crea mayor coherencia jurídico-constitucional y más seguridad jurídica, así como una mayor flexibilidad institucional.

---

[12] Considerando la constitución material como el contenido necesario de una constitución normativa, normas que se refieren a los órganos supremos de poder y a la relación básica con los sujetos del poder. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, A. Julius Springer Verlag, 1925, pp. 252-253.

[13] A. M. Porras Gómez, «Introducción», en Porras Gómez, A. M. (ed.), *El constitucionalismo posautoritario contemporáneo*, CEPC, 2021, p. 27.

Se pierde en la medida en que una protección constitucional de la IFI puede reforzar la independencia de la misma con respecto al poder constituido. Aunque habría que plantearse si constitucionalizar la existencia de instituciones independientes quizá no sea tan importante como consagrar y reforzar constitucionalmente las normas y principios que dichas instituciones pretenden hacer cumplir, y que justifican su existencia. En el caso de la AIReF, si bien la institución no está constitucionalizada, sí lo está la norma de equilibrio fiscal que la misma trata de hacer cumplir (art. 135 CE).

La AIReF se creó a través de una ley orgánica específica: la LOAIReF. Su carácter orgánico, que no es del todo claro (pues no está previsto en el art. 81 CE), se funda, conforme a su exposición de motivos, en «el desarrollo del principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el artículo 135 de la Constitución Española», y en ser una norma «complementaria» a la LOEPSF. En su disposición final segunda se especifica que el carácter orgánico se extiende solo a sus arts. 5.3, 5.5, 6, 9.2, 9.3 y 10, así como los apartados 2, 4 y 5 de la Disposición Adicional Primera, y la Disposición Adicional Segunda.

En lo relativo al Estatuto Orgánico de la AIReF, se aprueba mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previa consulta a su presidente. Es decir, es el Consejo de Ministros el encargado de establecer la organización y el funcionamiento interno de la AIReF.

3.2. Relación con el Parlamento

Considerando que la función de la IFI es controlar el ejercicio del poder fiscal, y asumiendo que es el ejecutivo el que se sitúa en posición preminente en lo relativo al mismo, tiene sentido conectar a la IFI con el poder legislativo. En 2023, de las 35 IFIs existentes en países miembros de la OCDE, 10 están directamente inscritas en el poder legislativo, y 13 son elegidas por este último[14]. No obstante, esto, de por sí, no convierte en contramayoritaria a la IFI, pues una inserción orgánica y una subordinación directa a la mayoría parlamentaria pueden conllevar la neutralización de su incisividad controladora, toda vez que la mayoría parlamentaria sea la misma que sostenga al gobierno. En todo caso, hay que destacar que encuadrar a la IFI dentro del poder legislativo denota un diseño institucional predominantemente enfocado al control político[15]. La IFI también puede insertarse en otro órgano independiente, como una Entidad de Fiscalización Superior (caso de Francia), o el Banco Central

[14] OECD. *Independent Fiscal Institutions Database*, 2019.

[15] A. M. Porras Gómez, «The control pyramid: A model of integrated public financial control», *Financial Accountability & Management*, *36*(1), 2020, pp. 73-89.

(caso de Austria o Eslovaquia). O en el poder ejecutivo, como es el caso de España.

La conexión institucional entre la AIReF y las Cortes Generales es escasa[16]. La LOAIReF se limita a: a) contar con las Cortes Generales para la elección de su presidente, b) prever que, en caso de incumplimiento grave o reiterado por una Administración de sus obligaciones de suministro de información, se comunique al Gobierno y a las Cortes Generales, para que se le impongan las medidas de corrección previstas en el art. 20 LOEPSF; c) obligar al presidente a comparecer ante la comisión competente del Congreso de los Diputados y del Senado al menos una vez al año. La AIReF no proporciona un apoyo directo a las Cortes en su función de control presupuestario, y en este sentido, no existe un circuito institucional especial para responder a consultas parlamentarias. No obstante, lo cierto es que, *de facto,* la AIReF ha decidido interactuar con las Cortes, remitiéndoles informes y participando en audiencias parlamentarias[17].

3.3. Presidencia y dirección

Las IFIs pueden configurarse como órgano unipersonal o colegiado. Existe en este sentido una tendencia en virtud de la cual las IFIs que siguen el diseño unipersonal dependen del ejecutivo, mientras que aquellas que se ubican dentro del parlamento tienen, por lo general, un órgano colegiado[18] (lo que tendría sentido, al poder reflejar mejor el pluralismo político). Si la IFI es colegiada, pueden atribuírseles a diversos órganos la elección de distintos miembros, creando una lealtad orgánica múltiple. Por ejemplo, en el caso de la IFI francesa, el presidente de la misma es el presidente de la *Cour des Comptes*, que además nombra a cuatro magistrados extraídos de dicho Tribunal, y el resto son designados por el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado, los presidentes de los Comités de Finanzas de la Asamblea Nacional y del Senado, el presidente del Consejo Económico, Social y Ambiental, y el director general del Instituto Nacional de Estadística y Estudios Económicos. O puede haber casos de nombramientos de consenso entre distintos órganos. En Portugal, los miembros de la IFI son nombrados por el Gobierno a propuesta *conjunta* del presidente del Tribunal de Cuentas y el Gobernador del Banco Central. En Bélgica, tres de los doce miembros que forman la IFI son elegidos por el Banco Nacional de Bélgica, uno por el Ministro de Hacienda, uno por el Ministro de Presupuestos, y otro conjuntamente por ambos ministros. En el caso de la AIReF, se produce una involucración de distintos órganos para la elección del presidente,

[16] N. Aldea Martínez, *supra* nota 7, p. 155.
[17] *Ibid.*, p. 157.
[18] *Ibid.*, p. 114.

que es nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda, previa aprobación de las Cortes Generales.

En ciertos casos, como en Irlanda, Portugal o Suecia, se permite que los miembros de la IFI no sean nacionales, ampliando así el abanico de posibles nombramientos, y reforzando la independencia de la institución[19]. A dichos efectos, la IFI puede ser nombrada para mandatos largos, intercalados temporalmente con los mandatos parlamentarios o gubernamentales, y que sean no renovables (o, en su caso, permanentes). Así, en el ámbito de la OCDE, la duración de los mandatos está entre los tres años (Dinamarca y Suecia) y los nueve (Rumanía). Otra posibilidad es que la IFI sea un órgano colegiado en el que tanto fuerzas mayoritarias del gobierno como contramayoritarias de la oposición estén representadas, logrando una pluralidad de visiones y opiniones mutuamente contrarrestadas[20]. Finalmente, el cese de los miembros de la IFI es otro elemento que contribuye a su independencia. En este sentido, el procedimiento puede ser distinto del de nombramiento. Es el caso de España, donde, para cesar al presidente de la AIReF, se requiere un acuerdo del Consejo de Ministros, previa instrucción del expediente por parte del Ministerio de Hacienda, en un procedimiento que no prevé la participación de las Cortes Generales.

La AIReF está dirigida por su presidente, asistido por un comité directivo. El presidente es nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda, previa comparecencia ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que puede aprobar la propuesta por mayoría absoluta. Si no se alcanza esta mayoría absoluta, transcurridos quince días, la comisión competente del Senado puede aprobar la propuesta por mayoría simple. La no exigencia de una mayoría cualificada (como la de 3/5 exigida para el Defensor del Pueblo) consagra un proceso de elección no-consensual, que puede configurar al presidente de la AIReF como una emanación de la misma mayoría política que apoya al Gobierno.

La duración del mandato del presidente es de seis años no renovables, y, una vez finalizado, no puede ejercer actividades profesionales relacionadas con las funciones de la AIReF en los dos años siguientes (art. 24 LOAIReF). A pesar de ello, el expresidente José Luis Escrivá dejó su cargo en enero de 2020 para formar parte, sin solución de continuidad, del Gobierno como Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Como muestra efectiva de los efectos del potencial conflicto de intereses, fue él mismo el que preparó el texto del Real

---

[19] X. Debrun T. Kinda, «Strengthening post-crisis fiscal credibility: fiscal councils on the rise–a new dataset». *Fiscal Studies*, *38*(4), 2017, p. 688.

[20] G. Kopits, «Some myths about independent fiscal institutions», en Beetsma, R. y Debrun, X. (eds.)*, Independent Fiscal Councils: Watchdogs or lapdogs?,* Londres, CEPR Press, 2018, p. 149.

Decreto-Ley 20/2020 (sobre el «ingreso mínimo vital»), partiendo de un estudio realizado por la AIReF bajo su presidencia en 2019[21].

Por cuanto a las causas de cese del presidente, están tasadas en el art. 24.6 LOAIReF. En principio es inamovible, salvo que se produzca: a) finalización del período para el que fue nombrado, b) petición propia, c) estar incurso en alguna causa de incompatibilidad, d) incapacidad sobrevenida para el ejercicio de sus funciones, e) condena por delito doloso, f) incumplimiento grave de sus obligaciones, en cuyo caso su separación será acordada por el Gobierno, previa instrucción del expediente por el Ministro de Hacienda, quien lo pondrá en conocimiento de las Cortes Generales. Esta última causa de cese prevé que el mismo lo acuerde directamente el Gobierno (las Cortes solo deben ser informadas). La amplitud semántica de la formulación «incumplimiento grave de sus funciones» tiene que ser puesta en conexión con la apreciación discrecional de la misma por parte del Gobierno.

La AIReF cuenta con cuatro direcciones: Análisis Económico, Análisis Presupuestario, Jurídico-Institucional y Evaluación del Gasto Público (esta última introducida a través del Real Decreto 793/2021). En lo relativo a los directores de división, son propuestos por el presidente de la AIReF… y nombrados por el Consejo de Ministros. Los mismos no tienen la condición de alto cargo (lo que supondría que sus puestos solo podrían ser ocupados por funcionarios), sino de personal directivo profesional (regulado en el art. 13 del Estatuto Básico del Empleado Público). Esto implica que puedan no ser funcionarios (lo que podría desvestirlos de las garantías de independencia anejas a la función pública).

Cabe destacar también la existencia de un Consejo Asesor (art. 34 LOAIReF), compuesto por expertos de reconocido prestigio. Sus once miembros son nombrados por el presidente de la AIReF por un periodo de tres años.

3.4. Autonomía de gestión

La autonomía de gestión implica, primero, libertad para contratar personal; y segundo, suficiencia presupuestaria. A este respecto, el art. 35.4 del Estatuto Orgánico de la AIReF exige que su presidente presente anualmente al Ministerio de Hacienda su propuesta de oferta de empleo, para que este último la apruebe y la incluya en la Oferta de Empleo Público de la Administración General del Estado. En la misma línea, el art. 44.2 del Estatuto Orgánico de la AIReF establece que las variaciones que supongan un incremento global de los créditos inicialmente aprobados para gastos de personal tendrán que ser aprobadas por el Ministro de Hacienda. Lo cual restringe su margen de actuación, sobre todo teniendo

[21] N. Aldea Martínez, *supra* nota 7, p. 161.

en cuenta que gastos de personal es precisamente la principal partida presupuestaria.

La autonomía presupuestaria podría venir conectada con una programación presupuestaria a largo plazo, una línea presupuestaria separada, o con un medio de financiación autónomo, como las tasas de supervisión, análisis o asesoramiento (este es, en parte, el caso de la AIReF). Como toda institución independiente, las IFIs son susceptibles a las amenazas que el gobierno pueda realizar sobre su financiación, y en este sentido cabe mencionar los casos de Hungría o Venezuela, donde los gobiernos, ante las críticas de sus IFIs, realizaron drásticos recortes sobre su financiación, evitando de esta forma que pudieran continuar su actividad de forma efectiva[22].

La AIReF tiene que elaborar anualmente un anteproyecto de presupuesto y remitirlo al Ministerio de Hacienda para su posterior integración en los Presupuestos Generales del Estado (art. 12 LOAIReF). La ley habla de «integración» por lo que, en principio, el Gobierno debe limitarse a eso, a integrarlo en los Presupuestos Generales del Estado, sin que pueda modificarlo, siempre que se hayan formulado las cuentas de acuerdo con la legislación presupuestaria y las normas y principios de la normativa contable. La AIReF dispone de patrimonio propio, independiente del de la Administración General del Estado, y tienen que contar con recursos económicos y humanos suficientes para el cumplimiento de sus fines (art. 11 LOAIReF). A este respecto, se ha previsto una novedosa vía de financiación, a través de tasas de supervisión y precios públicos por los estudios realizados. Se exige, además, que esta sea la vía «fundamental» de financiación de la AIReF (art. 11.2 LOAIReF).

3.5. Acceso a la información

Con el fin de garantizar que la AIReF tenga acceso a la información económico-financiera de las Administraciones Públicas, se establece en primer lugar la posibilidad de acceder a los datos proporcionados por el Ministerio de Hacienda. Es importante tener en cuenta que una de las funciones fundamentales de la Intervención General de la Administración del Estado, como entidad responsable de la gestión de la contabilidad pública, es precisamente centralizar la información contable de las entidades que forman parte del sector público (art. 125.2 Ley General Presupuestaria). En segundo lugar, se prevé que pueda dirigirse directamente a las otras administraciones y requerir «información adicional […] cuando la información obtenida a través del Ministerio no resultara suficiente, completa o requiriera de alguna aclaración» (art. 4.2 LOAIReF). La AIReF carece de competencias de investigación para hacer auditorías sobre el terreno, lo cual la diferencia radicalmente con el Tribunal de Cuentas.

[22] N. Aldea Martínez, *supra* nota 7, pp. 107-108.

El acceso de la AIReF a la información de las Administraciones públicas está previsto en la ley, pero no existe un memorándum de entendimiento para hacerlo operativo. Así, en la práctica, un órgano puede no remitir la información solicitada, y la única consecuencia que se produciría es que se publicase en la página web de la AIReF una referencia al comportamiento en cuestión (art. 4.3 LOAIReF). Solo cuando el incumplimiento de las obligaciones de transparencia y suministro de información sea grave o reiterado, se trasladará el mismo al Gobierno y a las Cortes Generales, a efectos de la posible imposición de las medidas de corrección previstas en el art. 20 LOEPSF. Estas medidas las impone *el Gobierno*, y consisten en la autorización estatal de las operaciones de crédito e informe previo favorable del Ministerio de Hacienda para la concesión de subvenciones o suscripción de convenios. El problema reside en que, en el caso de que fuese el Gobierno central el que no facilitase la información, tendría que ser este el que se impusiera a sí mismo las medidas de corrección previstas.

3.6. Evaluaciones externas

Finalmente, constituyen garantía de independencia las evaluaciones externas periódicas. Las IFIs pueden ser evaluadas por otras IFIs, por organizaciones internacionales como la OCDE o el FMI, o por auditores privados. En el mismo sentido se sitúan los consejos asesores (como el que tiene la AIReF), que pueden controlar y hacer sugerencias sobre los programas de trabajo y cuestiones metodológicas. La OCDE tiene una particular importancia en este ámbito, llevando a cabo evaluaciones individuales periódicas de las IFIs desde 2014, sobre la base de unos estándares establecidos en 2013 (y actualizados en 2017)[23]. Por cuanto a la AIReF, su Reglamento de Régimen Interior exige una evaluación externa cada tres años (art. 15), y en este sentido, se ha sometido a evaluaciones externas realizadas por la OCDE, el Tribunal de Cuentas y la Fundación Hay Derecho.

4. ANÁLISIS DOCTRINAL: INDEPENDENCIA FUNCIONAL DE LA AIREF Y COHERENCIA DE SU POSICIÓN DENTRO DE LA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL

4.1. La efectiva independencia funcional de la AIReF respecto al Gobierno

Los fundamentos dogmáticos sobre los que se sustenta la razón de ser de las IFIs configuran a estas como *instituciones independientes*. La AIReF es orgánicamente dependiente del Ministerio de Hacienda, pero

[23] OCDE. *Designing effective independent fiscal institutions*. OECD Publishing, 2017.

pretende ser funcionalmente independiente ¿Es el marco institucional de la AIReF óptimo para salvaguardar su independencia funcional? Controlador y controlado no pueden ser el mismo ente si se quiere que el control sea independiente, y, por lo tanto, todos los elementos que debilitan la independencia funcional de la AIReF respecto al gobierno, la alejan de su posición de control y la aproximan a una función de consultoría. Si la AIReF se subordinase funcionalmente al Gobierno, se configuraría de forma análoga al Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas (que es una Subdirección General del Ministerio de Hacienda y Función Pública), que parece que controla la acción del gobierno, desde dentro del propio Gobierno, pero que actúa en la práctica como un consultor, subordinado al mismo.

Los elementos institucionales que desdibujan la independencia funcional de la AIReF son, *primero*, la falta de un presupuesto plurianual, y las interferencias en su gestión de recursos humanos y programación presupuestaria. *Segundo*, la subordinación al Gobierno en lo relativo al efectivo acceso a la información de las Administraciones públicas. *Tercero*, que el presidente de la AIReF es nombrado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda, con aprobación del Congreso por mayoría absoluta (y si no se alcanza esta mayoría absoluta, por mayoría simple del Senado), y cesado por incumplimiento grave de sus obligaciones directamente por el Gobierno.

Cuarto, el hecho de que se haya creado una División de Evaluación, subraya la adopción de una función próxima a la consultoría. Lo cual no encaja bien con el carácter supuestamente independiente de la AIReF. Evaluando políticas se compromete la independencia, en la medida en que se pasa a emitir un juicio acerca de escenarios y alternativas políticas sobre la base de criterios que, en último término, habrán de ser necesariamente políticos. La creación de la División de Evaluación en 2021 para que evalúe políticas públicas introduce un solapamiento con el Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas, así como con el Tribunal de Cuentas. Por otro lado, esta función no casa bien con la posición de la AIReF dentro de la arquitectura constitucional y administrativa española, como IFI que se dedica a analizar la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria. Evaluar el gasto relativo a la empresa Correos y Telégrafos, como se hizo en 2019, no necesariamente se imbrica en el objetivo de controlar la sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria (que es el objeto ontológico de la AIReF). Además, la evaluación supone, en cierto modo, legitimar los actos que se evalúan; y, si se pretende que la AIReF autorice o dé su visto bueno a una programación presupuestaria sobre cuya ejecución se volverá a pronunciar más tarde, se corre el riesgo de generar una situación anómala que puede situarse en contra de la esencia misma del control como actividad imparcial.

Conforme al clásico principio de *no taxation without representation*, puede afirmarse que en los fundamentos básicos del Derecho constitucional subyace un rechazo a que autoridades no legitimadas democráticamente decidan sobre asuntos de la programación de los ingresos y gastos públicos. Mientras que la finalidad de la AIReF no sea ejercer un control de oportunidad sobre decisiones de política fiscal, sino una mera verificación de que los presupuestos se conforman con las normas de estabilidad presupuestaria emanadas del legislador, su coherencia con el diseño constitucional está asegurada. El problema surge cuando la AIReF se erige como «consultor» del gobierno, orgánicamente (y, en parte, también funcionalmente) subordinado al mismo. Esto no concuerda bien con el sentido de una IFI concebida como institución contramayoritaria.

Finalmente, hay que destacar que, en lo relativo a los *estudios* que puede emitir la AIReF, solo se pueden emitir*,* de conformidad con el art. 5.3 LOAIReF, previa solicitud del Gobierno, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, de la Comisión Nacional de la Administración Local, de la Comisión Financiera de la Seguridad Social, así como de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales (estas dos últimas solo sobre materias que sean de su competencia). Por lo tanto, la LOAIReF no prevé que el Parlamento pueda solicitar estudios, lo que denota con claridad una desvinculación con el mismo y subraya un carácter institucional como consultor del Gobierno más que como órgano de transparencia y rendición de cuentas.

En lo relativo al funcionamiento efectivo de la AIReF, se pueden observar elementos que apuntan a una escasa relevancia de la misma dentro del equilibrio institucional de fuerzas políticas, y a una débil independencia funcional. A este respecto, podemos observar vulneraciones, amparadas por el Gobierno, del estatuto de independencia que le corresponde a la AIReF. La *primera* de ellas es la forma en que se han añadido dos nuevas funciones a su listado de funciones. Entre las funciones legalmente previstas para la AIReF, se encuentran las *opiniones*, valoraciones técnicas que pueden versar sobre el seguimiento de la información relativa a la ejecución presupuestaria facilitada por el Ministerio de Hacienda; sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo; así como «sobre cualquier otro asunto cuando así lo disponga una ley» (art. 23 LOAIReF). A pesar de que el art. 23 LOAIReF sólo prevé que se amplíe el listado de materias que enumera a través de ley, se incluyeron dos materias más mediante el Estatuto Orgánico (que es un Real Decreto del Consejo de Ministros), relativas al análisis del índice de revalorización de las pensiones y del factor de sostenibilidad (art. 22.5), y del déficit estructural de las Administraciones de la Seguridad Social (art. 22.6).

En *segundo* lugar, hay que destacar el nombramiento de José Luis Escrivá como Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, contraviniendo el art. 24 LOAIReF. En *tercer* lugar, se puede señalar cómo en la práctica, la AIReF, en sus informes sobre previsiones macroeconómicas (art. 14 LOAIReF y 12 del Estatuto Orgánico) siempre avala las previsiones del Gobierno, limitándose en los años recientes a plantear qué pasaría en otros escenarios macroeconómicos, pero respaldando en último término los del Gobierno[24]. *Cuarto*, en lo concerniente al informe sobre el establecimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para cada una de las Comunidades Autónomas (arts. 18 LOAIReF y 16 del Estatuto Orgánico), la AIReF ha dejado de emitirlo, debido a la negativa del Ministerio de Hacienda de fijar objetivos individuales para las mismas[25]. *Finalmente*, cuando la AIReF se retrasa en la emisión de un informe necesario para continuar con el procedimiento presupuestario (el presupuesto tiene que aprobarse antes del 1 de enero) o con el examen de los programas de estabilidad (que deben ser remitidos a la UE antes de que termine el mes de abril), el art. 9.3 del Estatuto Orgánico simplemente establece que dicho informe se adjuntará más tarde, sin que ello afecte a la validez de los procedimientos concluidos. Esto contribuye a restar relevancia al trabajo de la AIReF, sobre todo teniendo en cuenta que su retraso puede deberse a la demora en la entrega de la información necesaria por parte de los propios órganos administrativos afectados[26].

4.2. La AIReF dentro del equilibrio de poderes entre Ejecutivo y Legislativo

A efectos formales, la AIReF es considerada como una «autoridad administrativa independiente», tal y como se señala en el Real Decreto 793/2021 (por el que se modificaba el Estatuto Orgánico de la AIReF). Sin embargo, esto no cuadra bien con la previsión de que la misma esté adscrita al Ministerio de Hacienda. Lo cierto es que, siguiendo esta dependencia orgánica, la AIReF cuenta con una vinculación funcional con el Gobierno que la acerca más a un órgano auxiliar del mismo que del Parlamento. Aunque la función de control sobre la que auxilia es propia del Parlamento conforme al art. 66 CE. La cuestión, desde la perspectiva constitucional, es, ¿por qué encargar al Gobierno controlar su propia acción cuando dicho control está encomendado a las Cortes? Esta aparente paradoja nos lleva a pensar sobre su naturaleza. ¿Ejerce un auténtico control de la acción de gobierno? ¿O es un consultor del Gobierno?

---

[24] N. Aldea Martínez, *supra* nota 7, p. 191.
[25] *Ibid.*, p. 194.
[26] *Ibid.*, p. 142.

La AIReF se ha creado para controlar el cumplimiento de los principios de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria durante todo el ciclo presupuestario. Esto supone hacer tanto un control *ex post* como *ex ante* de los presupuestos. La AIReF informa, entre otros aspectos, sobre la adecuación de los *proyectos* de presupuestos a los objetivos de estabilidad, de deuda, y a la regla de gasto (arts. 17.1 LOEPSF, 17 del estatuto Orgánico y 20 LOAIReF). El control previo a la aprobación de los presupuestos supone adentrarse en una fase que se sitúa dentro del margen de acción política del Gobierno. Lo cual podría plantear un choque con el art. 134 CE, que confiere al Gobierno en exclusiva la preparación de los presupuestos (asignando a las Cortes su examen, enmienda y aprobación). A este respecto, conviene observar que, quizás la inserción orgánica de la AIReF en el Gobierno puede venir justificada precisamente por una interpretación constitucional que respeta la prerrogativa exclusiva del Gobierno en la preparación de los Presupuestos.

En todo caso, si bien el Gobierno sigue siendo el único competente para elaborar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, ya no tiene total libertad para elaborarlo, pues debe hacerlo de conformidad con la normativa y orientaciones emanadas por la UE[27]. Lo cierto es que el art. 135 CE ha introducido un cambio de calado en el equilibrio de poderes. En su desarrollo institucional, ha matizado la prerrogativa exclusiva del Gobierno de elaborar los Presupuestos sobre una hoja en blanco (como aparentemente se puede deducir del art. 134 CE leído en clave no-sistemática). Ahora hay que atender a los márgenes de déficit estructural establecidos por la UE (art. 135.2 CE); así como los objetivos de déficit y deuda fijados mediante acuerdo del Consejo de Ministros para los siguientes tres ejercicios y aprobados por el Congreso y el Senado (arts. 15.1 y 15.6 LOEPSF). El Gobierno sólo puede elaborar el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado cuando las Cámaras hayan aprobado los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y aquél debe acomodarse a éstos, de conformidad con el art. 15.7 LOEPSF. El control *ex ante* del presupuesto que lleva a cabo la AIReF es una muestra más de hasta qué punto esta modificación afecta al diseño constitucional español.

Por otro lado, que la LOEPSF establezca una expansión del control parlamentario a una fase anterior a la elaboración misma del proyecto de presupuestos no es sino expresión de un cambio de paradigma en los circuitos de control de las democracias liberales europeas, en el que se enfatiza su dimensión *ex ante*, a efectos de evitar los problemas antes de que se produzcan. La expansión de las prerrogativas parlamentarias a este encuadramiento de las políticas públicas, ejerciendo una influen-

[27] N. Aldea Martínez, *supra* nota 7, p. 132.

cia previa en la esfera de acción de los ejecutivos, es una característica del constitucionalismo europeo contemporáneo[28].

Otra cuestión que cabe plantearse es si la influencia de la AIReF sobre el Gobierno en la fase anterior de elaboración de los presupuestos puede poner en duda la independencia y objetividad de su control posterior. Si se respalda el proyecto de presupuestos, difícilmente se pondrán objeciones una vez el presupuesto sea aprobado o ejecutado (a menos que se hayan producido desviaciones respecto al proyecto). Además, en la medida en que su control ayuda a las Cortes, a la vez que auxilia al Gobierno en la elaboración del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, la AIReF se erige como un órgano con una ubicación extraña dentro del sistema de división de poderes, que auxiliaría al mismo tiempo al Legislativo y al Ejecutivo[29]. La AIReF controla un importante ámbito de la acción del gobierno. Siendo el control de la acción de gobierno una función que se asigna a las Cortes Generales (art. 66.2 CE). Pero la AIReF no se sitúa orgánicamente en la órbita de las Cortes, y, además, su conexión funcional con las mismas resulta bastante débil. Esto supone otro elemento extraño en la arquitectura constitucional. En efecto, la conexión institucional entre la AIReF y las Cortes Generales prevista *de iure* es escasa, pues la LOAIReF se limita a: a) contar con las Cortes Generales (así como con el Gobierno) para la elección de su presidente, b) comunicar a las Cortes Generales el incumplimiento grave o reiterado de los deberes de suministro de información de una administración; c) obligar al presidente de la AIReF a comparecer ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados y del Senado, como mínimo una vez al año. No está previsto, por tanto, que la AIReF proporcione un apoyo directo a las Cortes en su función de control presupuestario.

4.3. La posición de la AIReF en la más amplia arquitectura constitucional española: Tribunal de Cuentas y Comunidades Autónomas

En lo relativo a la relación entre AIReF y Tribunal de Cuentas, ya hemos señalado que sus razones de ser dentro de la arquitectura constitucional son distintas, como IFI una y como auditor público al otra. El Tribunal de Cuentas controla la fiabilidad de las cuentas del Estado, la legalidad y regularidad de las transacciones llevadas a cabo por el sector público, y la buena gestión del presupuesto. La AIReF por su parte lleva a cabo un control de la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria. El Tribunal de Cuentas tiene prerrogativas

[28] E. Griglio, *Parliamentary oversight of the executives: Tools and procedures in Europe*, Bloomsbury Publishing, 2020, pp. 202-215 y 219-224.

[29] N. Aldea Martínez, *supra* nota 7, p. 130.

de inspección y auditoría (art. 7 LO 2/1982), mientras que la AIReF no. Claro está, que puede haber un solapamiento entre estas dos actividades, sobre todo en lo que se refiere al control de las cuentas del Estado, de los balances de situación y los pasivos exigibles, que pueden señalar la existencia de una infracción de la estabilidad presupuestaria y un riesgo para la sostenibilidad financiera.

El preámbulo de la LOAIReF establece que la AIReF es común en su actuación a todas las Administraciones públicas, extendiendo su competencia a la administración autonómica y local. La AIReF es un organismo dependiente del Ministerio de Hacienda, integrado en el Gobierno. Esto se conecta con un sistema en el que la activación de las medidas preventivas, correctivas y coercitivas contra las Administraciones públicas incumplidoras de las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera depende de la decisión del Gobierno central. Lo cual se legitima constitucionalmente en el art. 149.1 CE (apartados 11, 13, 14 y 18), y en el art. 156.1 CE. Respecto al hecho de que un órgano del Gobierno central verifique las cuentas de las Comunidades autónomas, puede haber una contradicción con el art. 153 CE, que encarga el control económico de las mismas al Tribunal de Cuentas (sobre la base de una concepción de la unidad inmanente del sistema económico y tributario español, cuya base imponible se identifica con un único mercado y una economía integrada). Sobre todo, teniendo en cuenta que el art. 135 CE no se expresa en términos claros en cuanto a si ofrece por sí mismo una base competencial sólida a la AIReF. Sin embargo, conviene subrayar que la LOAIReF se limita, en principio, a establecer la obligación de las Administraciones públicas de proporcionar información, sin exigir una justificación específica del gasto, y sin reconocer capacidad de inspección a la AIReF. Además, el diseño de una IFI inserta en el Gobierno central sigue el modelo marcado por la mayoría de países europeos en perspectiva comparada, incluso en aquéllos que cuentan con un diseño federal[30]. De hecho, las medidas de cumplimiento forzoso a que pueda dar lugar el incumplimiento de las normas de estabilidad presupuestaria por parte de las Comunidades autónomas se conectan con la cláusula de compulsión federal del art. 155 CE, conforme al art. 26 LOEPSF. Que la transparencia sea un elemento esencial en la legitimación de los poderes públicos, justifica también que desde el gobierno central se pueda ejercer esta prerrogativa de cumplimiento forzoso sobre las Comunidades autónomas[31].

---

[30] E. Gordo, P. Hernández de Cos y J. J. Pérez, *Instituciones fiscales independientes en España y en la UEM.* Madrid, Banco de España y Dirección General del Servicio de Estudios, 2015.

[31] A. M. Porras Gómez, «La posición de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en el sistema constitucional de control financiero». *Revista española de derecho constitucional*, (110), 2017, p. 164.

5. CONCLUSIONES

La AIReF es la IFI de España, y en principio se configura como una institución contramayoritaria, a efectos de evitar situaciones de abuso de poder por parte del Gobierno. Un abuso del poder que puede venir por dos lados: de la distorsión de los cálculos macroeconómicos sobre los que el Gobierno calcula las previsiones de ingresos presupuestarios, así como la referencia del presupuesto cíclicamente ajustado; o, directamente, de la inobservancia de las reglas presupuestarias. En un escenario de asimetría de la información, se hace necesario un ente independiente del Gobierno que arroje luz, a efectos de poder controlar efectivamente el cumplimiento por el mismo de las condiciones fijadas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

La AIReF sintetiza contradicciones propias del Derecho constitucional contemporáneo. En este sentido, supone una institución independiente que en la práctica colabora en una función gubernamental de elaboración de los presupuestos, que tradicionalmente recaía en exclusiva en el Gobierno, pero que ahora queda encuadrada dentro de unos objetivos de política fiscal. La AIReF controla, pero al controlar, también colabora en la elaboración de políticas públicas. La confusión entre formulación y control de políticas públicas, entre el art. 97 y 66 CE (o entre 134.1 y 66 CE en el caso particular de la AIReF) dibuja un panorama jurídico caracterizado por la ambivalencia. Igualmente, parece que en la práctica la AIReF (al igual que la LOEPSF) sólo funciona para controlar a Comunidades Autónomas y municipios, puesto que los procedimientos de coerción se revelan como impotentes ante el Gobierno central (debido a la escasa independencia funcional de la AIReF y a los problemas de imponer sanciones al Gobierno a través del art. 20 LOEPSF).

Desde la UE se ha exigido que las IFIs sean independientes del órgano que ostenta el poder presupuestario (el Gobierno). En el caso de la AIReF, existe un marco legislativo que pretende fundamentar dicha condición. Sin embargo, este marco legislativo es mejorable. Aspectos como el nombramiento y cese del presidente de la AIReF, la aprobación de su Estatuto Orgánico y de sus presupuestos; las prerrogativas de sanción y los procedimientos de requerimiento de información; así como la función de evaluación de políticas públicas recientemente atribuida, desdibujan la independencia funcional. La imagen que se puede traslucir, desde la perspectiva constitucional, es que la AIReF es un consultor que se reviste con los ropajes de un controlador. Esta imagen entraña una contradicción, y como tal, una situación contraria al espíritu del Derecho público.

6. BIBLIOGRAFÍA

AIREF, *Informe sobre la concurrencia de las circunstancias excepcionales a las que hace referencia el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera,* 13 de octubre de 2020.

Alberts, S., Warshaw, C. y Weingast, B. R., *Comparative constitutional design,* Democratization and Countermajoritarian Institutions. *2012*.

Aldea Martínez, N., *La posición constitucional de la AIReF en el control de la estabilidad presupuestaria*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2023.

Baumann, H., «The causes, nature, and effect of the current crisis of Lebanese capitalism» *Nationalism and Ethnic Politics*, 25(1), 2019.

Beetsma, M. R. M. y Debrun, M. X., *Fiscal councils: rationale and effectiveness*. International Monetary Fund. *IMF Working Paper,* núm. 186, 2016.

Briffault, R., «Disfavored constitution: State fiscal limits and state constitutional law.», *Rutgers LJ*, 34, 2002.

Calmfors, L. y Wren-Lewis, S., «What should fiscal councils do?», *Institute for International Economic Studies Seminar paper,* núm. 768, Institute for International Economic Studies, 2011.

Debrun, X., *et al., The functions and impact of fiscal councils, IMF Policy Paper*, 2013.

Debrun, X. y Kinda, T., «Strengthening post-crisis fiscal credibility: fiscal councils on the rise–a new dataset», *Fiscal Studies*, 38(4), 2017.

Debrun, X., Hauner, D. y Kumar, M. S., «Independent fiscal agencies», *Journal of Economic Surveys*, 23(1), 2009.

Gordo, E., Hernández de Cos, P. y Pérez, J. J., *Instituciones fiscales independientes en España y en la UEM,* Madrid, Banco de España y Dirección General del Servicio de Estudios, 2015.

Griglio, E., *Parliamentary oversight of the executives: Tools and procedures in Europe*, Bloomsbury Publishing, 2020.

Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre,* Julius Springer Verlag, 1925.

Kopits, G., «Some myths about independent fiscal institutions», en Beetsma, R y Debrun, X. (eds.)*, Independent, Independent Fiscal Councils: Watchdogs or lapdogs?*, Londres, CEPR Press, 2018.

OECD, *Designing effective independent fiscal institutions*, OECD Publishing, 2017.

— *Independent Fiscal Institutions Database*, 2019.

Olson, M., *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y la teoría de grupos*, México DF, Limusa, 1992, pp. 15-75.

Porras Gómez, A. M., «La posición de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en el sistema constitucional de control financiero», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 110.

— «The control pyramid: A model of integrated public financial control», *Financial Accountability & Management*, 36(1), 2020.

— «Introducción», en Porras Gómez, A. M. (ed.), *El constitucionalismo posautoritario contemporáneo*, Madrid, CEPC, 2021.

Woo, J. y Kumar, M. S., «Public debt and growth», *Economica*, 82(328), 2015.

CAPÍTULO XIII

CONTRAPODER INTELIGENTE: UN MODELO DELIBERATIVO PARA EL *OMBUDSMAN*

Guillermo Escobar Roca
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Alcalá

1. PLANTEAMIENTO

La denominación «Defensor del Pueblo» (en adelante, DP u *Ombudsman*) fue propuesta en el debate constituyente por Manuel Fraga[1], uno de los «siete padres» de nuestra Constitución, figurando ya en el primer borrador del proyecto de Constitución elaborado por la ponencia (abril de 1978), sin que tal denominación fuera discutida en el debate en las Cortes constituyentes. El nombre, original de nuestra Constitución, fue después adoptado en varias de las instituciones homólogas latinoamericanas, con algunas interesantes novedades, pero no tuvo éxito en otras latitudes, salvo muy contadas excepciones[2]. Con independencia de la denominación adoptada, que no es relevante, podemos

[1] Así lo señala él mismo en la segunda parte de sus memorias (M. Fraga Iribarne, *En busca del tiempo servido*, Barcelona, Planeta, 1987, p. 100) y lo reconoce G. Peces-Barba Martínez, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, CEPC, 1988, p. 56.

[2] La práctica totalidad forman parte de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI), una organización de naturaleza formalmente privada, pero auspiciada por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. La relación puede verse en *https://ganhri.org/membership/*. En Albania y en Moldavia se denomina «abogado del pueblo» (no creo que por influencia española), pero la denominación claramente predominante es comisión, procuraduría, institución o instituto de derechos humanos.

hablar hoy de un modelo iberoamericano de *Ombudsman*, que es algo diferente al original sueco de 1809 e incluso al predominante en Europa[3]. Todas estas instituciones comparten tres elementos comunes o definitorios[4] (independencia, control de la Administración y carácter no vinculante de sus decisiones), pero el modelo iberoamericano acentúa especialmente la garantía de los derechos humanos y fundamentales, y no en vano las Constituciones pioneras (portuguesa de 1976 —art. 23— y española de 1978 —art. 54—) incluyen la institución dentro del título dedicado a los derechos.

La primera pregunta que plantea el DP es a qué pueblo[5] debe la institución defender, pues, en mi opinión, no se puede defender a todo el pueblo a la vez, sea porque cada institución abarca lo que puede y no tiene más remedio que establecer prioridades[6], sea porque en cualquier sociedad, y más en las actuales, dentro del «pueblo» cohabitan intereses muchas veces contradictorios, cuando no directamente enfrentados[7], y

---

[3] Contamos con un útil estudio comparado: G. Kuckso-Stadlmayer, *European Ombudsman-institutions*, Viena, Springer, 2008.

[4] El documento jurídico (aunque de *soft law*) donde se asienta esta caracterización es el denominado «Principios de París», relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, aprobado por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993 (A/RES/48/134).

[5] El término «pueblo», «pueblos» o «popular» aparece en veinte ocasiones en la CE, con significados diversos y escasa eficacia jurídica en la práctica. Descontando el Preámbulo (donde parece que hay varios, el «pueblo español», los «pueblos de España» y los «pueblos de la tierra»), cabe citar los arts. 1.2 (soberanía popular), 6 (los partidos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular), 66.1 (las Cortes Generales representan al pueblo español), 87.3 (iniciativa legislativa popular), 117.1 (La justicia emana del pueblo) y 125 (acción popular). Queda pendiente la construcción de un concepto de pueblo adecuado a nuestro texto constitucional, pero de momento, vemos dos acepciones: el pueblo como unidad casi metafísica (arts. 1.2, 66.1 y 117.1, más bien ficciones jurídicas) y el pueblo como conjunto algo más identificable de ciudadanos (art. 6), a los que viene a atribuirse un derecho fundamental (arts. 87.3 y 125). De otro lado, parece evidente que los partidos (palabra que viene de parte), aunque algunos puedan ser calificados como populistas (precisamente los que se presentan como defensores del pueblo) y aunque continuemos en la etapa del partido *catch-all*, no pueden manifestar la voluntad de «todo» el pueblo: más adelante, notas 7 y 9. Sobre el alcance de esta expresión constitucional, conviene leer un viejo trabajo en su día innovador, del que creo que nuestra doctrina no ha obtenido suficiente jugo: J. J. González Encinar, «Democracia de partidos versus Estado de partidos», en *Derecho de partidos*, Madrid, Espasa, 1992, esp. pp. 20-24.

[6] Se echa de menos en estas instituciones la elaboración de un plan estratégico, que ayudaría mucho a establecer prioridades o al menos a organizar de forma más eficaz su trabajo, y es que pocas veces hemos tenido un Defensor con una clara visión de futuro. Podría permitírselo, gracias a su privilegiada posición, durante cinco años, inmune (en la ley, y creo que también en la realidad) a las presiones de partido y sobre todo a la preocupación de ganar las próximas elecciones.

[7] Esto lo saben bien sobre todo los iuslaboralistas, pues el Derecho del trabajo es conflictivo por naturaleza. La dogmática constitucional destaca más el consenso que el conflicto, pero esta concepción peca a mi juicio de demasiado idealismo. Entre nosotros, especialmente C. De Cabo Martín, que ya tituló «contra el consenso» un libro recopilatorio de varios de sus artículos, ha destacado la perspectiva conflictual del Derecho constitucional en muchas de sus obras; *e. g*., en *Conflicto y Constitución desde el constitucionalismo crítico*, Madrid, CEPC, 2019, en

resulta imposible defender simultáneamente a todos a la vez. Téngase en cuenta, no obstante, que para el DP este último problema se atenúa en parte, pues raramente se enfrenta a conflictos entre particulares[8], siendo su ámbito natural de actuación el control de la Administración, donde el conflicto tiene una dimensión algo menor, o en todo caso diferente[9].

Uno de los peligros del DP es que seleccione arbitrariamente a la parte del pueblo que va a defender, es decir, que se erija en representante de un pueblo que en realidad no existe como tal y que él lo construya a su antojo, como en la denostada democracia «de identidad»[10]. En teoría, estaría sujeto, como todos los poderes públicos (art. 9.3 CE), al control de la arbitrariedad, pero este control, ya laxo de por sí[11], permanece, para el DP, inédito, y nuestra legislación, como después se

---

cuya p. 133 leemos: «La categoría de unidad ha sido utilizada en el ámbito político, histórico y constitucional, mediante una construcción "ideal" de la misma, como un mecanismo operativo y legitimador de un sistema de dominación instrumentado a través de «un sujeto» que la ejerce, «desde fuera» y sobre la sociedad atravesada por un conflicto, que, de esa manera, se elude pero no se resuelve». De aquí no se deduce automáticamente, como después se verá, que haya que preferir una concepción agonista de la democracia, como la defendida, *e. g*., por Chantal Mouffe (y quizás también por de cabo), según la cual la política es conflicto por definición, y resulta ingenuo buscar las mejores razones o argumentos, pues no hay posibilidad de consensuar nada. Para una síntesis del modelo y la referencia a sus defensores más significativos, remitimos a J. L. Martí, *La república deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 71-73.

[8] Aquí está abierta una discusión, y las tendencias más recientes (Principios de Venecia incluidos) postulan la intervención del DP, al menos, en los casos de vulneración de derechos por parte de las empresas que desempeñan funciones de servicio público material. Así figura expresamente en las leyes autonómicas de las Defensorías del País Vasco, Navarra, Islas Canarias, Cataluña y Comunidad Valenciana, si bien solo en Cataluña he encontrado una experiencia relevante de control de esta naturaleza.

[9] En teoría, la Administración sirve al interés general (art. 103.1 CE), y el conflicto se produciría entonces entre ese interés general (otra ficción jurídica) y los intereses particulares de los ciudadanos que acuden al DP. Más que conflicto social propiamente dicho, lo que encontramos aquí son demandas de protección de derechos frente al poder administrativo, que pueden ser razonables o no, y solo en casos más bien excepcionales debe optarse entre unos intereses privados u otros. Está claro que la Administración, al decidir, toma partido en ocasiones a favor de unos y en perjuicio de otros. Un indicio de que esta conflictividad resulta excepcional puede ser la referencia, entre las causas de inadmisión de la queja del art. 17.3 LODP al «perjuicio al legítimo derecho de tercera persona», casi nunca utilizado, como después se verá.

[10] El más conspicuo defensor de esta tesis fue Carl Schmitt, con reminiscencias naturalmente de J. J. Rousseau, aunque en contextos y con consecuencias bastante diferentes. Una buena introducción a las tesis de Schmitt, con lectura actual, puede verse en el estudio preliminar de M. Aragón, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990. Nuestra dogmática constitucional apenas trata este problema; *vid*., sin embargo, J. M. Castellà Andreu, «Democracia de identidad y referéndum ante una posible reforma de la Constitución española», en E. Álvarez Conde (dir.), *Reflexiones y propuestas sobre una reforma de la Constitución española*, Granada, Comares, 2017, si bien sin desarrollo teórico del concepto, aunque emparentándolo, con buen criterio a mi juicio, con la democracia directa y alertando sobre sus riesgos.

[11] G. Escobar Roca, *El Derecho, entre el poder y la justicia. Una introducción crítica al sistema jurídico español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2022, pp. 290-292, con más referencias.

verá, no ayuda precisamente a reactivarlo. Es más, en la práctica nos encontramos ante uno de los pocos poderes públicos prácticamente exentos de todo control. También el DP estaría sometido al principio democrático, pero ello depende de la concepción de la democracia que se mantenga, y esta es la cuestión previa que debemos abordar aquí.

Este trabajo da por presupuesta la insuficiencia de la democracia representativa y de partidos, valora positivamente la democracia de ciudadanos y la deliberación democrática, constata que nuestro sistema sufre una notoria falta de esta, y concluye, tras analizar algunos casos concretos (malogrados, como se verá), que el DP se encuentra en una posición privilegiada (este sería mi modelo de *Ombudsman*, o más bien un fragmento del mismo) para contribuir a paliar el déficit denunciado, reforzando así una democracia de ciudadanos. Al hilo de estas consideraciones iré desgranando algunas propuestas concretas de política legislativa y de buenas prácticas institucionales[12].

2. APUNTE INICIAL SOBRE LAS CONCEPCIONES DE LA DEMOCRACIA

Antes de entrar en la materia concreta (qué puede aportar el DP a la democracia: adelanto que un contrapoder inteligente, léase dialogante y deliberativo), conviene ir de lo general a lo particular y abrir un breve apunte sobre las concepciones de la democracia, pues según cuál elijamos, así será nuestro modelo ideal de *Ombudsman*.

Uno de los problemas centrales del constitucionalismo, si no el central, es la concepción de la democracia por la que se opta. Es claro que de este principio constitucional nuclear (seguramente el más nuclear de todos[13]) caben diversas concepciones, pero no infinitas, pues nuestras Constituciones, si las leemos despacio, marcan bastantes pautas. Se trata entonces de «descubrir» la concepción constitucionalmente adecuada de nuestra democracia histórica y concreta, sin desconocer un cierto margen de discrecionalidad al intérprete, pues los juristas, o al menos los académicos, no solo «descubrimos» el Derecho, también lo creamos (el Derecho constitucional es relativamente «dúctil»), y en esto influye nuestra ideología o, en los términos más edulcorados de la doctrina alemana, influida aquí por Gadamer, nuestra *precomprensión*[14].

---

[12] Propuse un modelo más completo en «El Defensor del Pueblo, una institución clave para mejorar el debate público», en J. Tudela *et al*., *Libro Blanco sobre la calidad democrática,* Madrid, Marcial Pons, 2019.

[13] Más aún en las Constituciones sin cláusulas de intangibilidad, pues todo puede reformarse, incluso eliminando los demás principios, si así lo decide el poder constituyente del pueblo.

[14] G. Escobar Roca, «Investigación en derechos humanos», en *Argumentación e investigación en derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, esp. pp. 155-156 y *passim.*

El problema parte del conflicto entre tres concepciones de la democracia, las tres presentes de algún modo en nuestros textos constitucionales, a veces internamente contradictorios: la representación «clásica» (no exactamente democrática, al menos en sus inicios, sin sufragio universal), la democracia de partidos y la democracia de ciudadanos. Si definimos las tres en términos maximalistas, seguramente entrarían en recíproca contradicción. Como no pueden darse concepciones contradictorias en un texto del mismo rango (principio de coherencia del ordenamiento), el jurista tiene que eliminar este conflicto mediante la interpretación sistemática.

Carecemos aquí de espacio para exponer, ni siquiera brevemente, estas tres concepciones de la democracia[15], bastando con señalar, a los efectos de este trabajo, que las dos primeras (representativa y de partidos), a la vista de la realidad actual (otra cosa sería su modelo ideal), nos resultan insuficientes para lograr la «democracia avanzada» del Preámbulo de nuestra Constitución y lo que demanda la sociedad de hoy. Parece claro que las cuñas de democracia ciudadana abiertas en la democracia representativa y en la democracia de partidos son mínimas y que necesitamos una democracia «más» participativa, resultando precisas fórmulas, si no alternativas, al menos complementarias de los modelos representativo y de partidos. A mi juicio, debemos articular mecanismos o canales de comunicación (no necesariamente «dentro» de las instituciones y de los partidos) entre los ciudadanos y el poder, pero de auténtica comunicación (deliberativa), no vayamos a construir una nueva ficción jurídica, que ya hay bastantes. Mientras esperamos que se configuren (o consoliden) en el seno de los parlamentos auténticos canales de comunicación entre representantes y representados[16] o, paralelamente, entre administradores y administrados, el DP podría servir al menos de parche provisional. Pero antes de analizar cómo, se impone un nuevo paréntesis sobre la democracia deliberativa y su necesaria articulación jurídica.

---

[15] Para una primera aproximación a esta trilogía, puede verse mi artículo «¡Basta de ficciones! Representan a sus electores. Democracia, derechos y proporcionalidad en la STC 151/2017», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. XI, 2018, esp. pp. 232-238.

[16] Algunos reglamentos de parlamentos autonómicos abren tímidos espacios de conexión, sin llegar a configurar un auténtico derecho a participar, como demuestro en «Correcciones participativas a la democracia representativa», *Comunicación en XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, León, marzo de 2017. Disponible en *https://congresoace.files.wordpress.com/2016/11/mesa1comunicaciongescobar.pdf*, con amplia selección bibliográfica. Después ha tratado el tema con solvencia E. Expósito, «Participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las leyes», en J. Tudela *et al*., *Libro blanco sobre la calidad democrática en España*, Madrid, Marcial Pons, 2018, llegando a conclusiones similares; igualmente, J. Tudela Aranda, *El Parlamento en tiempos críticos*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 124 y ss., tan juicioso y ponderado como siempre.

3. EL VALOR DE LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA Y LA NECESIDAD DE CANALES DE COMUNICACIÓN: ¿DERECHO AL DEBATE PÚBLICO?

Sea cual sea el modelo de democracia por el que se opte, la deliberación es siempre un eje transversal: se puede deliberar en el Parlamento[17] (los parlamentarios solos o en compañía de otros), en los partidos[18] (con mayor o menor apertura a los no afiliados) y en el seno de la llamada sociedad civil; el problema se encuentra sobre todo en esta última, la cual, aunque podría deliberar sola, tendría más sentido que lo hiciera con el poder, que al fin y al cabo es quien va a tomar las decisiones que a la ciudadanía interesan, léase recuperar el vínculo perdido y consustancial a una democracia tomada en serio. Los partidos serían un buen cauce de conexión, pero es claro que no están funcionando correctamente como tal[19]. Como no hay esperanzas a medio plazo de que esto cambie, habrá que indagar sobre otras posibilidades.

El concepto de deliberación es clave en la actual teoría de la democracia. Aparece de pasada en nuestra Constitución (arts. 90.1, 112 y 115.1), en relación con determinadas decisiones del Parlamento y del

---

[17] De hecho, este es uno de los elementos recuperables de la clásica teoría de la representación: una buena deliberación entre los representantes (ilustrados, no como hoy) conducirá a los mejores resultados posibles. En el Parlamento actual hemos copiado lo malo (libertad absoluta del representante) y no lo bueno (representantes de calidad, deliberación de calidad). Para un análisis, teórico y empírico, de la deliberación en el Parlamento y en nuestro Parlamento, resulta esencial acudir a C. Rico Motos, *Deliberación parlamentaria y democracia representativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2016. El autor constata una mejor deliberación en ponencias y comisiones, y esto es relevante para lo que se dirá después.

[18] Esto nos lleva de nuevo a la famosa «democracia interna», que se concreta sobre todo en el derecho de los afiliados a intervenir en los debates del partido o en la confección de su programa electoral. Aquí se ha intentado juridificar algo más (*e.g.*, E. Vírgala Foruria, «La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos y sus problemas en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, esp. pp. 258 y ss.), pero con escaso eco en la actitud de los partidos en la práctica.

[19] La doctrina crítica con esta desconexión ciudadanos-partidos es prácticamente unánime, pero no he encontrado autores que propongan canales concretos de comunicación, fuera de la democracia interna. Se propone que «los políticos han de acercarse a la gente» (R. Blanco Valdés, «¿Hacia una democracia sin partidos? Crisis partidista, selección de élites y representación», en M. Aragón Reyes *et al*., *Derecho constitucional del siglo xxi: desafíos y oportunidades*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023, p. 484, citando a Sartori), pero no se aclara cómo. A lo más que se llega en lo concreto es a propuestas de mejora de la transparencia, construyendo una suerte de derecho ciudadano de acceso a la información del partido, pero esto no es participación propiamente dicha. Del idealismo constitucional se pasa a la constatación del problema (*e.g.*, M. Salvador Martínez, *Partidos políticos*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 58-60), pero falta dar el paso a la búsqueda de alternativas viables. Nos domina la desesperanza. Los politólogos analizan desde hace mucho experiencias comparadas de conexión (*e.g.*, M. Duverger, *Los partidos políticos*, México, FCE, 1957, pp. 120 y ss., o K. Von Beyme, *Los partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Siglo XXI, 1986, pp. 245 y ss.), pero hablan un lenguaje diferente, descriptivo y no normativo.

Gobierno, pero parece obvio que una democracia (ciudadana) de calidad exige deliberación en muchos más ámbitos[20]. Una buena decisión debe estar precedida de la discusión racional con los interesados o implicados en ella. Reconozco que mi premisa es normativa (en el sentido de las ciencias sociales) o moral y que revela una determinada concepción de la democracia, que no puedo desarrollar ahora con amplitud.

Desde la teoría política se viene desarrollando desde hace décadas un debate interesante sobre el concepto de deliberación, pero que no ha llegado todavía a la dogmática constitucional[21]. Desde esta última perspectiva, que es la mía (aunque entreverada, como estará advirtiendo el lector, de política constitucional), deberíamos comenzar preguntándonos sobre la existencia, actual o futura, de un derecho fundamental al debate público, habida cuenta de que, si traducimos este objetivo a meros mandatos constitucionales, su efectividad jurídica real quedaría muy reducida. De entrada, sostenemos la existencia al menos de un derecho moral[22] al debate público, que iría más allá del tradicional derecho a la libertad de expresión. No estamos refiriéndonos a las deliberaciones de los órganos colegiados (que, curiosamente, en el gobierno y en los tribunales son secretas, aunque no estemos ante órganos representativos) sino a la necesidad de escuchar (esto es, más que oír) las voces de los ciudadanos antes de que los gobernantes tomen las decisiones que solo a ellos corresponden. El modelo originario (liberal) de democracia representativa, en cuya virtud el mandato representativo es *totalmente* libre, resulta hoy inadecuado. No se trata de eliminar esa libertad, sino de reducirla. Por emplear los términos jurídicos de otros contextos, dar audiencia a la ciudadanía sería entonces «preceptivo y no vinculante».

Como nuestro catálogo de derechos fundamentales es formalmente cerrado[23], debemos buscar una *sede materiae*. Las normas constitucionales que podrían justificar la existencia de un derecho fundamental (no ya meramente moral) al debate público, serían en hipótesis tres:

---

[20] El problema, desde luego no es menor, y sin poder entrar ahora en el debate sobre la democracia social y económica, defendida por autores del prestigio de Mario Bunge, Elías Díaz o Robert Dahl (las citas en mi libro *El Derecho*…, *op. cit*., pp. 270-273), está bien planteado en A. Ruiz Miguel, «Problemas de ámbito de la democracia», ahora en *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*, Madrid, CEPC, 2020, pp. 329 y ss.

[21] El debate es sobre todo anglosajón, y en Estados Unidos y Reino Unido la realidad social y política es algo diferente a la nuestra. Quizás Habermas, uno de los grandes defensores del modelo, esté más cerca (aunque España tampoco es Alemania), pero se queda en el idealismo, como después se verá. Entre nosotros, quien más se acerca al Derecho constitucional y a propuestas para España es J. L. Martí, *La república deliberativa*, *op. cit.*, adonde remitimos para las referencias bibliográficas.

[22] He defendido que los derechos morales (en sentido estricto, no jurídicos) existen, y deben ser tenidos en cuenta en la dogmática constitucional, en *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Madrid, Marcial Pons, 2018, esp. pp. 25-26 y *passim*.

[23] Digo formalmente, pues en la práctica se abre, como demuestro en *Nuevos derechos*…, *op. cit*., pp. 46 y ss.

el derecho de audiencia del art. 105 *a)* CE, el derecho de participación directa en los asuntos públicos del art. 23.1 y el binomio libertad de expresión–derecho a recibir información del art. 20.1. Como demostré en ocasiones anteriores[24], ninguno de estos preceptos ha sido considerado (ni en el Derecho vigente, ni en sus interpretaciones autoritativas) como propongo, y a esas publicaciones mías me remito. En definitiva, nuestro Derecho no reconoce un derecho general al debate público, si acaso *pseudoderechos* parciales en algunos procedimientos administrativos y legislativos, de escasa eficacia en la práctica.

4. ¿EL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO CANAL DE COMUNICACIÓN? OMISIONES SIGNIFICATIVAS EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA PRÁCTICA DE LA INSTITUCIÓN

Al margen de la construcción de un derecho fundamental al debate público, que ni está ni se le espera y, dada la insuficiencia de los canales de comunicación hoy existentes entre la ciudadanía y el poder político, podríamos indagar sobre las posibilidades del DP de abrir uno nuevo y que resultara útil para la construcción de una democracia de ciudadanos y «más» deliberativa. No en vano, el Defensor «del Pueblo» está concebido por definición, creo yo, para esto. Recordemos que el nombre de la institución procedió del «populista» Fraga, preocupado, casi premonitoriamente, por la posible desconexión entre el pueblo y el poder.

En primer lugar, el sistema de nombramiento no ayuda, pues contrariando el *soft law* internacional (Principios de París, Principios de

[24] Entre otras publicaciones, en «Correcciones participativas…», *op. cit*., y en «Los derechos del gobierno abierto, ¿un proyecto utópico?», en L. Efrén Ríos Vega e I. Spingo (dirs.), *Gobierno abierto y derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019. Después, mis tesis sobre la insuficiencia de las recientes modificaciones legales sobre participación administrativa se ven corroboradas con datos empíricos en J. Sierra Rodríguez, *La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado*, Madrid, CEPC, 2019. En cuanto a la libertad de expresión, añadiría que la concepción que sigue siendo dominante es sustancialmente individualista y defensiva. Hay una línea de pensamiento que critica esta concepción, y ya hace mucho me ocupé de uno de los autores principales: «Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss», en *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 58, 1999. Hay quien quiere ver un atisbo de reciente corrección del liberalismo en tribunales foráneos, por lo que habrá que estar atentos: R. García Higuera, «¿Una nueva etapa para la libertad de expresión? La dimensión social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en D. Montalván-Zambrano e I. Wences (coords.), *La justicia detrás de la Justicia,* Madrid, Marcial Pons, 2023, esp. pp. 65-69. He expuesto con detalle este aserto a cuento del caso del (presunto) derecho del público a recibir información veraz (una suerte de antesala del debate público) en mi trabajo «¿Existe realmente un derecho del público a recibir información veraz?», en Hugo Aznar *et al*., *El derecho de acceso a los medios de comunicación, vol. I: Legislación y jurisprudencia*, Valencia, Tirant Humanidades, 2018.

Venecia y Observaciones Generales de GANHRI)[25], no hay mecanismo de participación ciudadana en él[26], contrariando las tendencias más recientes del Derecho comparado[27]: nuevamente la democracia de partidos trasmutada en Estado de partidos o alejada desde el comienzo de los ciudadanos. Empezamos mal: con frecuencia, los parlamentarios (en teoría libres) siguen las consignas de los jefes de sus partidos[28], y

[25] Los ya citados Principios de París establecen que «La composición de la institución nacional y el nombramiento de sus miembros, por vía de elección o de otro modo, deberán ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales (de la sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos, en particular mediante facultades que permitan lograr la cooperación eficaz o la participación de los representantes de [entre otros] las organizaciones no gubernamentales competentes en la esfera de los derechos humanos». Las Observaciones Generales del Subcomité de Acreditación de GANHRI, de 21 de febrero de 2018, al interpretar este precepto, precisan que «asegurar una composición pluralista de la INDH es un requisito esencial de los Principios de París como garantía de independencia institucional», añadiendo que «la composición pluralista de la INDH está fundamentalmente vinculada al requisito de independencia, credibilidad, eficacia y accesibilidad. Cuando los miembros y el personal de las INDH son representativos de la diversidad social, étnica, religiosa y geográfica de una sociedad, el ciudadano es más proclive a confiar en que la INDH entenderá y será más sensible a sus necesidades específicas […]. Por esta razón, unos criterios de selección que aseguren la designación de responsables calificados e independientes se deben establecer legislativamente y poner a disposición pública antes de la designación», y ello previa «consulta con todos los interesados, incluida la sociedad civil, para asegurar que los criterios elegidos sean apropiados y no excluyen a individuos o grupos específicos». En definitiva, el GANHRI concluye delineando como elemento «fundamental» del *Ombudsman* un «proceso de selección y designación claro, transparente y participativo», que garantice «el pluralismo, para asegurar la independencia de la alta dirección de la INDH y la confianza pública en ella», resultando imprescindible, por lo que aquí interesa, «maximizar el número de posibles candidatos procedentes de una amplia gama de grupos sociales», «promover una amplia consulta y/o participación en el proceso de solicitud, investigación, selección y designación […] y seleccionar a los miembros para que presten servicios con su propia capacidad individual y no en nombre de la organización a la que representen», lo que sin duda quedaría trastocado con la propuesta de los partidos. Y más claramente: el proceso de designación «debe estar bajo el control de un órgano independiente y creíble [no lo son los partidos, GER] e involucrar una consulta abierta y justa a las ONG y a la sociedad civil».

[26] F. Sainz Moreno (en «Defensor del Pueblo y Parlamento», en *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Madrid, Universidad Carlos III, 1992, p. 50), espero que ingenua y no cínicamente, afirma: «En todo caso, quien desee sugerir un candidato o incluso ofrecerse como candidato pueden utilizar la vía del derecho de petición», y en nota: «de hecho, esta vía se utilizó por la CNT (4 de enero de 1984) y por el partido Ecologista Los Verdes (14 de enero de 1984)». No sé cómo el profesor logró esta información, pues buscando hoy (26 de junio de 2023), en la Comisión de Peticiones del Congreso no puedo encontrar absolutamente nada (ni qué pide el pueblo, ni qué le responden), y al parecer ni siquiera se reúne. No creo que en su día nadie respondiera tan siquiera a la CNT o a Los Verdes, y si alguien presentara hoy una iniciativa parecida, lo único que lograría, con suerte, sería un acuse de recibo.

[27] No obstante, hecha la ley, hecha la trampa. La última ley latinoamericana, la uruguaya 18.446, de 2008, señala que, para la integración del órgano (como excepción en el Derecho comparado, el DP es un órgano colegiado de cinco miembros), «se procurará asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales de la sociedad civil interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos» (art. 36) y que las organizaciones sociales pueden proponer candidatos (art. 39). Sin embargo, en la última elección parece que se saltaron estas normas (tampoco su redacción, al decir «se procurará», era muy afortunada), y el caso está sub iudice.

[28] Nuevamente comprobamos con tristeza las miserias de nuestro parlamentarismo. Integrando las previsiones de la LODP (art. 2) y de los reglamentos parlamentarios (arts. 204 RCD

estos nombran, con las denostadas «cuotas ciegas» (nos repartimos los candidatos, yo no pregunto por los tuyos, y viceversa[29]), a personas de su confianza, a veces políticos retirados o en paro, sin cualificación alguna en derechos humanos, y a los que deben favores. Formalmente legal pero materialmente inconstitucional. La institución no solo debe ser independiente, sino también parecerlo, y esta práctica resulta seriamente dañina para la institución, tanto en términos de contrapoder creíble como sobre todo de democracia (ciudadana). Si el poder está sobre todo en los partidos, ¿cómo va a defenderse al pueblo frente a los partidos, si estos nombran a una persona de partido? Urge una reforma legal al respecto. Ahora bien, antes de ella (que ni está ni se la espera), la Defensorías podrían ir avanzando por su cuenta en mejorar la participación ciudadana, incorporando a la institución, por ejemplo, comités consultivos o asesores formados por representantes cualificados de la sociedad civil, como sucede en México, o una asamblea anual de derechos humanos, donde las organizaciones sociales más representativas sugieren al DP líneas de actuación, como en Uruguay[30].

En segundo lugar, esta vez aparentemente a favor, los filtros de acceso de la ciudadanía al DP son mínimos, desde luego en comparación

---

y 184 RS), la propuesta se debe presentar en la Comisión Mixta y puede partir, al término del mandato del DP o próximo este, de cualquier Grupo Parlamentario. Sin embargo, en los muchos años con DP en funciones, los parlamentarios no se movieron, hasta que sus jefes les dieron instrucciones. La finalidad de la norma es que haya una competencia y debate entre varios candidatos, pero esto solo ha sucedido en una ocasión, enfrentándose en 1994 Manuel Jiménez de Parga y José Antonio Martín Pallín, no siendo elegido ninguno de ellos, por las razones que se explican en J. A. Gimbernat, «Cómo se frustró el nombramiento de José Antonio Martín Pallín para Defensor del Pueblo y por quién», *Jueces para la Democracia*, núm. 21, 1994.

[29] En la práctica se aplica el «cambio de cromos», y la (mala) ingeniería constitucional es imaginativa: a veces se reparten por lotes (juntando elecciones próximas, si coinciden con otros nombramientos que exigen el acuerdo de los dos grandes partidos, como para el Tribunal Constitucional o el CGPJ), pero como el DP es órgano unipersonal, lo que hacen es repartirse los Adjuntos. La idea original, al parecer de Gil-Robles, no era tan mala (se pensó para un DP independiente, como Ruiz-Giménez, «controlado» por un Adjunto del PSOE y otro del PP), pero también se ha pervertido, pues ahora los tres son de partido. Varias Comunidades Autónomas imitan, y hasta superan, este fraude constitucional.

[30] Estos dos mecanismos de participación están previstos en las leyes de ambos países, pero en mi opinión, no hace falta esperar a esta (aunque sería preferible incorporarlos al reglamento interno del DP), pues el principio de legalidad, leído como vinculación positiva de la Administración al bloque de la legalidad (leyes y reglamentos), se debe aplicar aquí flexiblemente, y ello por dos razones: el DP no es Administración (para esta se diseñó el principio en el siglo xix) y con estos mecanismos de participación no se ven afectadas la libertad ni la propiedad de los ciudadanos (esta era la justificación histórica del principio de legalidad). Es verdad que está el «inconveniente» de la reserva de ley orgánica del art. 54 CE, pero también creo que el ámbito de lo reservado debe ser interpretado flexiblemente, so pena de reducir demasiado la autonomía reglamentaria del propio DP. Al final, se trata de dibujar bien los dos círculos. En su estudio sobre el tema, I. González García («Una revisión de la potestad de autorreglamentación del Defensor del Pueblo desde la perspectiva de las fuentes del Derecho», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, esp. pp. 300-306) diseña un ámbito a mi juicio demasiado extenso de la citada reserva de ley orgánica, que carece de justificación.

con la posibilidad de contactar con los parlamentarios o con los altos cargos gubernamentales (no se prevé ningún cauce en nuestro ordenamiento), aunque con unos y otros los lobbies contactan (informalmente) sin problemas[31]. Al DP los ciudadanos acuden en queja, precisamente porque los detentadores del poder no atendieron sus demandas, y en la mayor parte de los casos, ni siquiera los escucharon. Precisamente una de las críticas a la democracia deliberativa de Habermas es su cierto sesgo elitista, su concepción demasiado idealizada de lo público, descuidando a los «sin voz»[32], y he aquí uno de los principales debates entre los partidarios de la democracia deliberativa: ¿quién debe deliberar? ¿los detentadores del poder (parlamentarios, altos cargos) solos, o con los ciudadanos?[33]. Mi posición creo que queda clara en las consideraciones anteriores sobre la necesidad de «más» participación, aunque es evidente que plantea el doble problema de la atomización (paradójica vuelta al individualismo que se trataba de combatir) y de la saturación (miles de ciudadanos, cada uno reclamando lo suyo[34]): más adelante volveré sobre la necesidad de establecer alguna suerte de mediación intermedia entre ciudadanos individuales y DP.

---

[31] Está claro que los grandes poderes económicos tienen más facilidades para influir en el poder político que las organizaciones no gubernamentales. Datos empíricos casi escalofriantes en el informe de *Transparencia Internacional, Una evaluación del lobby en España*, 2014, dirigido por Manuel Villoria. Por cierto, a fecha de hoy (mayo de 2023), el tema sigue esperando una regulación nacional, pospuesta durante décadas. Como en tantas ocasiones, las Comunidades Autónomas van por delante, y tenemos varias leyes autonómicas que al menos aportan algo de transparencia y equidad.

[32] *E.g.*, entre nosotros, M. Martínez-Bascuñán, «¿Puede la deliberación ser democrática? Una revisión del marco deliberativo desde la democracia comunicativa», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 24, 2010, respectivamente pp. 14-17 y 23-28. Después volveré sobre ello.

[33] Se contraponen así los modelos elitista e igualitarista de la deliberación, bien contrastados en F. Ovejero, «Democracia liberal y democracias republicanas. Para una crítica del elitismo democrático», *Claves de Razón Práctica*, núm. 111, 2001. Entre las premisas del modelo elitista figuran dos, que él considera falsas: que «existen dos tipos de ciudadanos; los excelentes, comprometidos con el interés público [y] los demás, poco informados e indiferentes a las actividades públicas», y que «la competencia electoral permite, a través de la elección de representantes, que los ciudadanos no virtuosos escojan a los políticos virtuosos» (p. 25). En mi opinión, la primera es discutible, pero la segunda es evidentemente falsa. Al final, Ovejero termina defendiendo la concepción igualitarista de la deliberación (pp. 27-30), con algunas consecuencias generales de diseño institucional, que resultan interesantes para empezar. Más amplia y concretamente, en la misma dirección, J. L. Martí, *La república…, op. cit*., esp. pp. 260 y ss.; en sus propuestas de reforma institucional no se refiere al DP, pero sí lo hizo después, por invitación mía, en «El rol deliberativo del *Ombudsman* en una república deliberativa», en G. Escobar (ed.), *Ombudsman y democracia*, Madrid, Dykinson, 2015, esp. pp. 287-288. El trabajo que el lector tiene ahora en sus manos desarrolla, entre otras cosas, las ideas entonces esbozadas por Martí.

[34] Este es el principal problema de la concepción igualitarista, como bien se destaca en P. J. Pérez Zafrilla, «¿Participación directa o delegada? Una respuesta al aparente dilema de la democracia deliberativa», *Sistema*, núm. 214, 2010. Para la mayoría de los propios defensores de la democracia deliberativa (que a su juicio son elitistas), «si participa demasiada gente en el debate será imposible tomar una decisión adecuada» (p. 112).

El DP podría entonces ayudar a paliar el problema del elitismo deliberativo, dando voz a los que no la tienen: el pueblo al que defiende el DP sería, sobre todo, el conformado por las personas en situaciones de vulnerabilidad[35], y así parece serlo estadísticamente[36].

Encontramos sin embargo (después de la cal, viene la arena) un filtro muy importante, la admisión a trámite de la queja, que es el modo que tenemos los ciudadanos de acceder a la institución. Según el art. 17 LODP:

> 1. El Defensor del Pueblo registrará y acusará recibo de las quejas que se formulen, que tramitará o *rechazará*. En este último caso lo hará en escrito motivado, pudiendo informar al interesado sobre las vías más oportunas para ejercitar su acción, caso de que a su entender hubiese alguna, y sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más pertinentes. […].
>
> 3. El Defensor del Pueblo rechazará las quejas anónimas y *podrá rechazar* aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, así como aquellas otras cuya tramitación irrogue perjuicio al legítimo derecho de tercera persona. Sus decisiones no serán susceptibles de recurso.

La duda fundamental que suscita este precepto es si las cuatro causas de inadmisión del apartado 3 (y otras que se deducen claramente del resto del articulado) son tasadas, y desde la interpretación de conformidad con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad), entiendo que sí[37].

En 2022, el DP inadmitió a trámite nada menos que 14.530 quejas, por los siguientes motivos:

---

[35] La otra acepción del término «pueblo» de la propia RAE: «gente común y humilde de una población», el viejo «tercer estado» del absolutismo monárquico francés.

[36] Ahora que se habla mucho de «visibilizar» (o de políticas de reconocimiento, en los términos de la teoría política de Nancy Fraser), convendría que esto se explicitara en algún lugar. Creo recordar que hace tiempo en la web del DP podían buscarse sus resoluciones por grupos de atención prioritaria, pero acabo de comprobar que esta categoría ha desaparecido. Los informes anuales, contrariando la centralidad de la defensa de derechos exigida por el art. 54 CE, se estructuran por áreas administrativas, y así resulta más difícil detectar prioridades. Más correctamente, *e.g.*, elArarteko (DP vasco) sistematiza sus informes en dos bloques: áreas administrativas y «defensa de los colectivos de atención pública», que vienen a coincidir con las personas en situación de vulnerabilidad.

[37] En su comentario al art. 17, F. M. Bruñén Barberá, en A. Rovira Viñas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 455 y ss. hace al menos un esfuerzo de juridificar esos motivos.

Expedientes de queja y recursos no admitidos	
MOTIVOS DE NO ADMISIÓN	**Número**
No actuación administrativa previa	3.670
No indicios de irregularidad administrativa	3.333
No contestación a la ampliación de datos	2.161
Otros motivos de no admisión	1.401
Intervención judicial	798
No es competencia del Defensor del Pueblo	771
Conflicto particular ajeno a la Administración	522
Resuelto sin intervención del Defensor del Pueblo	365
Actuación incorrecta reconocida en vías de solución por otros expedientes	359
No hay queja, solicita información	242
Renuncia a continuar la tramitación	160
Intervención defensor autonómico	150
No hay queja, envía información	131
Plazo superior a un año	97
Sentencia firme	76
Autoridad administrativa en asuntos de su competencia	53
Carencia de fundamentos	45
No interés legítimo	43
Inexistencia de pretension	43
No actuación de los poderes públicos	32
No se cumplen los requisitos para la admisión del recurso	21
No se encuentran fundamentos para interponer recurso	16
No contestación a defecto subsanable	8
Perjuicios a terceros	3
Imposibilidad de contactar con el interesado	2
Mala fe	1
TOTAL	**14.503**

Parece claro que algunos de los motivos de inadmisión que cita el propio DP no encajan en ninguno de los motivos legales, y esta forma de actuar no me parece muy correcta. El mayor número (3.670) se produce por «no actuación administrativa previa», y esto es sorprendente: aparte de que no se entiende la diferencia con el motivo «no es competencia del Defensor del Pueblo», la falta de actuación administrativa no es suficiente por sí sola para la inadmisión, pues el DP también debe controlar las omisiones administrativas (art. 23 LODP) y, de otro lado, controlar asimismo a los demás poderes públicos (inclusive al legis-

lador, art. 28.2 LODP), salvo a los jueces, cuando ejercen su función jurisdiccional o no administrativa (art. 17.2).

En todo caso el rechazo *ab initio* de la queja no es recurrible ni se hace público[38]. Para el ciudadano, la sensación puede ser muy dolorosa, similar a la propia de los abogados que ven rechazada la admisión a trámite de sus recursos de amparo (un 99 por 100, lo que ha llamado la atención al propio TEDH en varias ocasiones[39]), pero ellos están más acostumbrados a sufrir, y al fin y al cabo no es su problema personal el que está en juego. No creo conveniente judicializar esta fase[40], pero al menos el DP debería publicar las inadmisiones (anonimizadas, claro está), dando ejemplo de transparencia, o al menos incardinar todas ellas en los motivos (tasados) establecidos en la ley. Yo he llegado a leer (porque me lo proporcionó la interesada) una resolución de inadmisión motivada en que «el Defensor del Pueblo no puede valorar las opciones del legislador», lo cual es falso (art. 28.2 LODP) y a mí personalmente, hace ya muchos años, se me inadmitió una queja porque el DP no veía indicios de irregularidad, sin más argumentos, y a mi juicio claramente los había. En definitiva, la decisión de inadmisión ha de ser especialmente cuidadosa, pues de lo contrario se cerraría a la ciudadanía una de las puertas que tiene abiertas para poder deliberar con las instituciones, y no tiene muchas.

Una vez admitida a trámite la queja, parecería que se inicia una suerte de diálogo informal entre la autoridad administrativa y el ciudadano, pero esto no es exactamente así. Sin llegar a tanto, encontramos el mismo vicio de falta de diálogo real que encontramos en las llamadas audiencias administrativas. Tras admitir la queja, el DP se comunica

---

[38] En su comentario al art. 17, F. M. Bruñén Barberá (en *op. cit*., p. 436) señala: «Aquí la motivación del rechazo no puede cumplir la función de servir como medio de control ante otras instancias, puesto que las decisiones de admisión o rechazo de la queja no son susceptibles de recurso (el autor parece dar por hecho que tampoco de recurso judicial, GER), aunque sí permite un control indirecto, social, contribuyendo a asegurar la seriedad en el tratamiento preliminar de las quejas presentadas, y constituyendo, desde tal prisma, una garantía para el solicitante de que el rechazo de la queja tendrá una justificación objetiva y razonable, y se ajustará a lo establecido en la LOPJ». Pues bien, no entiendo a qué se refiere el autor con ese «control indirecto, social», a no ser que el «inadmitido» publique la resolución en las redes sociales, ejerciendo una especie de «derecho al pataleo».

[39] Cuando terminamos este trabajo leemos en la prensa (22 de junio de 2023) que el TEDH acaba de condenar nuevamente a España, en esta ocasión porque nuestro Tribunal Constitucional inadmitió a trámite el recurso de varios candidatos al CGPJ, cuya elección se encuentra aplazada sine die. Un caso interesante que habrá que analizar despacio.

[40] Ya en 2008 (*Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 180) sostuve una interpretación conforme a una visión exigente del Estado de Derecho: la imposibilidad de recurso del art. 17.3 se refiere a recurso ante el propio DP, y no impide el recurso judicial, aunque no nos consta ningún precedente al respecto sobre recomendaciones, pero sí sobre actos más típicamente administrativos: la STS de 27 de noviembre de 2009 (con votos particulares) permite el control judicial del Defensor del Pueblo (siguiendo en parte la STJCE Lamberts, de 23 de marzo de 2004) por vía de responsabilidad patrimonial, pero deja abiertos muchos interrogantes.

con la Administración («En todo caso, dará cuenta…», art. 18.1), intenta en su caso (nuevamente la discrecionalidad) que esta rectifique, y entonces caben dos posibilidades: a) que rectifique, en los términos solicitados por el DP (que pueden no ser exactamente los mismos que los solicitados por el ciudadano), en todo o en parte; b) que no rectifique, en cuyo caso el DP «podrá» (tres veces se dice en el art. 38: discrecionalidad otra vez) formular una recomendación, que se publica en su web, y ahí se queda. Como vemos, no hay propiamente una comunicación real entre ciudadano y poder, sino que el DP se comunica por un lado con la Administración, y por otro con el ciudadano. De alguna forma, el DP parece un abogado del ciudadano, que negocia por él, y que ni siquiera habla directamente con él[41], casi como en la teoría clásica de la representación, aunque sin llegar a tanto. ¿No sería deseable que propiciara una reunión entre la autoridad administrativa y el ciudadano, al menos en determinados casos? Aunque no figura expresamente en su ley reguladora, he comprobado in situ la celebración de este tipo de audiencias (presenciales, con la autoridad o funcionario a un lado, el ciudadano en otro y el DP en medio), en la Oficina del *Ombudsman* de Puerto Rico, y me parecieron muy útiles. De mayor interés, por su cercanía, es la actividad del DP andaluz, que él mismo denomina de mediación[42]: esto se parece más a la deliberación, pues dos partes debaten en directo e incluso pueden llegar a adoptar una decisión aceptable para ambos, que el DP ratifica. Salvo estas excepciones, comprobamos de nuevo la anticuada visión de la democracia que adelanté: a favor del ciudadano, pero sin el ciudadano. No queda claro, en todo caso, si en general el DP es un representante (de parte) del ciudadano o un mediador imparcial entre este y la Administración; en la práctica, se asemeja más a esto último, aunque sin llegar a ser «técnicamente» un mediador[43].

---

[41] Si tenemos una media de 30.000 quejas anuales y las dividimos por 365 días, el DP debería recibir diariamente a 82 ciudadanos, contando días festivos, lo que no resulta viable con el personal que tiene. Quien suscribe conoce muchas Defensorías latinoamericanas, y en ellas la atención directa al ciudadano es la regla general, pues curiosamente (dada la diferencia de PIB entre los países latinoamericanos y España), en su mayoría disponen de más personal. *E.g*., la CNDH mexicana cuenta con diez veces más de funcionarios que nuestro DP (el dato de la CNDH habría que reconstruirlo a partir del sitio *https://directorio.cndh.org.mx/*, pero se habla de «casi 2.000» funcionarios, frente a los 185 de nuestro DP; por cierto, hay mayor transparencia / accesibilidad en México, pues allá figuran los números de teléfono y mails de todos los funcionarios, y en España solo su nombre), para una población aproximadamente tres veces mayor; téngase además en cuenta que cada Estado mexicano (32, contando Ciudad de México, antes DF) tiene una comisión similar.

[42] Para más información, *https://www.defensordelpuebloandaluz.es/el-dpa-media*. El actual titular de la institución aporta datos de gran interés en J. Maeztu Gregorio De Tejada, «La mediación del Defensor del Pueblo Andaluz como impulsor de la gestión de conflictos en cultura de paz», de próxima publicación, y disponible de momento en *https://www.ararteko.eus/sites/default/files/alfresco/documents/ES-LegeenGeroa-JesusMaeztu.pdf*

[43] Sobre este tema, me parece acertada la postura de la muy importante monografía de G. Carballo Martínez, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Cizur Menor,

Sea como fuere, y a pesar de las críticas apuntadas, el DP, si hace bien su trabajo, actúa como un filtro de demandas ciudadanas irrazonables, una suerte de antídoto frente al riesgo del populismo de los derechos[44]. En todo caso, la deliberación que tiene lugar en esta fase, aunque es muy singular, pues se realiza «en diferido» (salvo las experiencias ya señaladas y que más se asemejan a la mediación), resulta bastante igualitarista y contribuye a construir los canales de comunicación entre ciudadanos y Administración que tanto necesitamos. El DP aparece, así, como una suerte de contrapoder (pues se enfrenta por definición a la Administración) inteligente, bien informado (paradójicamente, tiene más recursos para esto que el propio Parlamento), colaborador y dialogante, más adecuado a las tendencias del Derecho actual[45], pues, a diferencia de los tribunales, no juega en la lógica binaria del todo o nada, busca soluciones intermedias, permite a las partes expresarse con mayor libertad, y no se ve constreñido por las normas jurídicas existentes ni por sus interpretaciones autoritativas. Una especie de camino intermedio entre el emotivismo y el espectáculo del debate parlamentario y el formalismo y el encorsetamiento del debate del juicio oral; de cualquier forma, más «racional» que uno y otro[46].

5. EXAMEN DE ALGUNAS RECOMENDACIONES AL LEGISLADOR, A MODO DE EJEMPLO, Y CÓMO CONVERTIRLAS EN (MÁS) DELIBERATIVAS

Quizás no pueda llegarse mucho más lejos en la mejora de la deliberación entre los ciudadanos y la Administración, a no ser que, como creo deseable, se cuide mucho más la admisión a trámite de las quejas y se potencien las comparecencias personales entre las partes, siguiendo el ejemplo del Defensor del Pueblo Andaluz. Me centraré, para

---

Aranzadi, 2008. No podemos aquí detenernos en disquisiciones conceptuales, pero para empezar puede resultar útil revisar también lo dicho al respecto por F. L. De Andrés Alonso, *Los defensores del pueblo en España*, Madrid, Reus, 2017, pp. 416 y ss.

[44] Otro tema, por cierto, del que no se ha escrito, aunque hay atisbos de ello en los autores (bastantes) que sostienen la «tesis» (sin apenas desarrollo argumentativo) de que deben (política constitucional) extremarse las precauciones ante una extensión desmesurada del catálogo de los derechos. Para una síntesis del problema, G. Escobar Roca, *Nuevos derechos…, op. cit.,* pp. 211 y ss.

[45] Hace años me referí a la crisis actual de la coactividad del Derecho, y a ello me remito: «Del Derecho débil a la fuerza de los derechos», en la obra por mi coordinada, *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate*, Madrid, Dykinson, 2008.

[46] Demostrar este aserto me llevaría muy lejos, pues tendría que adentrarme en el concepto de racionalidad. Que el debate parlamentario es poco racional creo que no precisa mucha demostración. En cuanto al debate en el juicio oral, que es lo más parecido a la deliberación entre ciudadanía y Administración, y limitándonos a los pocos procesos contencioso-administrativos que tienen fase oral, parece claro que la racionalidad está muy limitada, por la rigidez del proceso y por la obligación de probar cuanto se dice y encajar en el marco legal cuanto se argumenta.

concluir, en un campo más interesante del contrapoder ejercido por el *Ombudsman*, que es el que enfrenta a este con el legislador.

En un trabajo reciente he analizado diversas resoluciones (recomendaciones) del DP, criticando su lenguaje administrativista (a veces de ciencia de la Administración, a veces de Derecho administrativo y a veces casi de andar por casa) y demostrando que pueden (y deben) traducirse al lenguaje de los derechos (de Derecho constitucional e internacional, que ahora van de la mano)[47]. Voy ahora a proseguir en esa línea, pero dando un paso más en la crítica (constructiva, por supuesto): las recomendaciones no solo no hablan el lenguaje de los derechos, sino que tampoco son propiamente deliberativas, o son poco deliberativas.

De entre los diversos contenidos de las recomendaciones del DP, que ya sistematicé en una ocasión anterior[48], me centraré en las recomendaciones al poder normativo, y en concreto al legislador, por ser seguramente las más importantes, y por tratarse de un tema siempre polémico[49]. El DP no se dirige propiamente al legislador, pues en la práctica este no existe como órgano políticamente unitario: el Parlamento son los partidos. Si se trata de crear, modificar o derogar una ley, la iniciativa no es del Parlamento como tal, sino de un grupo parlamentario, y resulta comprensible que el DP no se dirija a ninguno en particular, pues ¿a qué grupo hacerlo? Aunque bien podría dirigirse a todos los Grupos Parlamentarios, la práctica que sigue es dirigir la recomendación al secretario de Estado responsable del ramo (raramente al ministro, que resultaría más lógico), para que prepare un proyecto de ley, aunque las fórmulas empleadas son casi siempre excesivamente «diplomáticas»: «que se estudie la posibilidad A», «que se tome en consideración la opción B», u otras similares. Si se vulneraron derechos fundamentales (y esto sucede en muchas ocasiones, aunque la línea de demarcación entre lo inconstitucional y lo meramente injusto suele ser sutil[50]), creo que la iniciativa legislativa debería exigirse con mayor contundencia.

---

[47] «Ampliación de derechos por el Defensor del Pueblo: relectura iusfundamental», *Cuadernos Constitucionales*, núm. 2, 2021.

[48] «Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo: análisis empírico, reconstrucción teórica y propuesta de futuro», *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 26, 2010.

[49] Aunque apenas estudiado en nuestra doctrina, al menos con carácter monográfico. Que la polémica está viva lo demuestra el voto particular de la magistrada Roca Trías (suscrito por Montoya Melgar) a la STC 99/2019: «entiendo que la labor del Tribunal Constitucional no es la de indicar al legislador cuál es la mejor opción legislativa dentro de las múltiples posibilidades que la Constitución ofrece».

[50] Este tema está pendiente de elaboración teórica y se apunta ya claramente, sobre todo, en las observaciones finales de los comités de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, donde (a diferencia de sus dictámenes) no se afirma de forma tajante la vulneración del derecho. La lógica de los indicadores (*e.g.*, para los Objetivos de Desarrollo Sostenible) y del Examen Periódico Universal es todavía más sutil, por menos «jurídica», pero a la larga puede resultar hasta más útil.

La opción de dirigirse a la autoridad administrativa y no al parlamento puede ser discutible, pero quizás no haya otra mejor. Aquí resultaría más fácil un cierto diálogo entre DP y legislador (material), pues el ciudadano (no siempre preparado para debatir en pie de igualdad con los parlamentarios) podría quedar fuera[51], y seguramente tenga lugar en algunos casos un diálogo efectivo (informal en todo caso[52]), pero, si se produce, no es público, y por tanto contribuye poco a la construcción de la democracia deliberativa que necesitamos. El diálogo resultaría además coherente con la función del DP de «comisionado parlamentario», pues se supone que, desde el origen de este concepto civilista (equivalente al contrato de mandato, arts. 1.709 y ss. del CC), el DP y el Parlamento están en el mismo barco.

Seguidamente analizaré algunas de las últimas recomendaciones que el DP ha dirigido al legislador, para indagar qué ha sucedido con ellas, centrándome sobre todo en la perspectiva de la democracia deliberativa. Para dotar a este trabajo de mayor coherencia y concretar mejor el caso significativo, seleccionaré tres recomendaciones de modificación legislativa, dirigidas todas ellas a la Secretaría de Estado de Justicia en 2022, y que tienen que ver con la garantía judicial de derechos distintos. Los títulos que siguen en cursiva son míos, para demostrar que, aunque el DP no hable el lenguaje de los derechos, no habría sido difícil hacerlo:

1) *Derecho a la vida e integridad (deber de reparación a las víctimas de violencia de género, art. 15 CE)*. La Recomendación de 22 de abril de 2022 (núm. 21017017) parte de la queja concreta de una ciudadana, de la que nada sabemos (ni quién es la ciudadana —esto lo podemos admitir, desde un entendimiento expansivo de su privacidad—ni de qué se quejó)[53]. El problema que trata es el siguiente: la determinación de las indemnizaciones a las víctimas de violencia de género queda al arbitrio judicial, al no existir una norma legal al respecto. El DP no razona en términos de derechos fundamentales, y perfectamente podría (debería) haberlo hecho, con apoyo (abundante, por cierto) en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que incluye el deber de reparación tras las vulneraciones al derecho a la vida e integridad.

---

[51] Salvando las distancias, el supuesto es similar a la cuestión de inconstitucionalidad, que parte de un caso concreto, pero termina derivando en control «abstracto». Por cierto, en este proceso, el ciudadano que planteó inicialmente la queja en vía judicial ahora (reforma por LO 6/2007, a raíz del asunto Ruiz Mateos) es parte también ante el Tribunal Constitucional (art. 37.2 LOTC).

[52] Desde hace tiempo sabía de primera mano que el Defensor se reunía de cuando en cuando con algún ministro o autoridad, pero ahora este dato figura en su agenda institucional, publicada en la web: *https://www.defensordelpueblo.es/agenda-institucional/*

[53] Este es otro problema. Como se hace en las sentencias, el DP debería incluir en su recomendación un resumen de las alegaciones del ciudadano, pues si no, no hay forma de entenderlas. Una nueva dificultad para la democracia deliberativa.

Las posiciones encontradas pueden sintetizarse así:

> Ministerio de Justicia: las indemnizaciones por violencia de género deben quedar al arbitrio judicial. No se pronuncia sobre si esto es injusto.
>
> DP: el arbitrio judicial actual conlleva situaciones injustas, que deben solucionarse mediante un baremo legal objetivo, vinculante para los jueces.

Resolver quién tiene razón bien habría merecido un debate social, iniciado en esta ocasión por una ciudadana de a pie, pero nada parecido encontramos: más bien se ha producido un diálogo de sordos, sin consecuencia alguna para el debate público. La ciudadana, el DP y la autoridad administrativa dan su opinión, pero nadie se entera (salvo el improbable lector de la web del DP), y asunto zanjado.

2) *Prohibición de dilaciones judiciales indebidas (art. 24.2 CE)*. La Recomendación de 25 de abril de 2022 (núm. 21009224) parte también de la queja de un ciudadano. El problema aquí abordado es el retraso de las sentencias pendientes de dictar por los jueces que, después de haber celebrado la vista, obtienen excedencias o licencias por enfermedad, nacimiento o cuidado de hijos. Estos procesos quedan en suspensión e irresolución, que se prolonga indefinidamente en el tiempo, porque el principio de inmediación impide que ningún otro juez pueda pronunciar sentencia, si no ha asistido al juicio.

La recomendación consta como «rechazada» y las posiciones encontradas pueden sintetizarse así:

> Ministerio de Justicia: no le compete proponer normas sobre Administración de Justicia, pues esto corresponde al CGPJ.
>
> DP: sí le compete al Ministerio, y este debe buscar una solución (que el DP no concreta) al problema de los retrasos judiciales cuando un juez causa baja después del juicio oral y antes de dictar sentencia.

Otro diálogo de sordos, peor que el anterior, pues ni llega a formularse una mínima argumentación de fondo por parte del Ministerio, quien se escuda en una errónea excusa competencial. El DP concluye recomendando a la Secretaría de Estado de Justicia «que, en ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno, se regule el tratamiento jurídico de las sentencias pendientes de dictar por los jueces que, tras haber celebrado una vista o juicio, obtienen excedencias y/o licencias por enfermedad, nacimiento y cuidado de hijos, por riesgo por embarazo o lactancia u otras de larga duración». Sorprende que el DP ni siquiera cite el derecho fundamental de no padecer dilaciones indebidas. También la recomendación consta como «rechazada»; el problema, que parece grave, queda sin resolver, y tampoco tiene lugar un debate propiamente dicho sobre el tema.

3) *Derecho a la unidad familiar (art. 6 CEDH): arbitrariedad de los equipos psicosociales.* La Recomendación de 29 de junio de 2022 (núm. 21028270) parte de la queja de otro ciudadano anónimo, en esta ocasión disconforme con el informe pericial emitido por el equipo psicosocial de un Instituto de Medicina Legal, porque a su juicio el perito había tomado abiertamente parte en el proceso, y no había respetado las metodologías de diagnosis establecidas en los protocolos vigentes.

El DP afirma que recibe numerosas quejas de ciudadanos implicados en procesos judiciales de familia, denunciando la parcialidad de los informes psicosociales de los peritos oficiales, el trato diferente en cuanto a la duración o número de entrevistas, o la diferencia de criterios para valorar la idoneidad de un régimen de custodia. El problema parece, por tanto, estructural, no un caso aislado, demostrándose así una de las principales ventajas del *Ombudsman* sobre los tribunales, pues estos normalmente se limitan a conflictos individuales, quedando el problema de fondo o la violación sistémica sin resolver. El DP considera que debería aprobarse (en su diplomático lenguaje, «reconsiderarse la oportunidad de aprobar») un protocolo de actuación común y específico para la elaboración de informes de los equipos psicosociales, que diera mayor garantía de calidad a las partes y al propio tribunal y que aportase criterios de impugnación ciertos cuando la parte cuestione la pericia en sede judicial en virtud de unos criterios objetivos, dando mayor confianza a los usuarios del servicio. El DP constata que algunas Comunidades autónomas (cita la Comunidad Valenciana, País Vasco, Cantabria y Cataluña) ya disponen de estos protocolos, un buen ejemplo del «federalismo de avanzadilla». El DP concluye recomendando a la Secretaría de Estado de Justicia «que se adopten las medidas legislativas necesarias para asegurar que [los] informes psicosociales serán adoptados por un equipo de profesionales, y no por un perito individual, garantizando la participación de pares, la objetividad y la imparcialidad en la emisión del informe».

Nuevamente, echamos en falta la argumentación en derechos, perdiéndose una buena ocasión para dar a conocer la ya rica doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida familiar. Este «nuevo» derecho humano, no reconocido como derecho fundamental en España, incluye el derecho de los padres a estar con sus hijos, y en los pleitos de familia, muchos progenitores ven suprimido o muy restringido este derecho, cierto que por orden judicial, pero la experiencia demuestra que realmente el autor material de la decisión fue un equipo psicosocial. Esta vez la recomendación consta como «aceptada», pero nada sabemos sobre la norma cuya aprobación recomendó el DP, o al menos no la cita, lo que revela la carencia de un sistema de seguimiento público de sus propias recomendaciones. La «autoridad moral» del DP, empujada por ciudadanos anónimos, esta

vez parece que funcionó (o está en ello el Ministerio), pero no sabemos bien por qué ni cómo.

No es necesario continuar con los ejemplos, pues los tendríamos a cientos, y no añadirían mucho más a los efectos de este trabajo. Hemos comprobado que se pusieron sobre la mesa problemas interesantes (la esfera de los «asuntos públicos» se amplió), gracias a ciudadanos anónimos, pero no se produjo un debate como tal, y ello porque el DP protege a los ciudadanos cuando así lo considera (discrecionalidad de la admisión a trámite y de la solución de su caso) y porque no se establece ningún canal de comunicación directa entre los ciudadanos y los poderes públicos concernidos. No obstante, la comunicación entre el DP, en nombre del ciudadano, y la Administración, de algún modo se ha producido, aunque nadie se ha enterado.

¿Cómo mejorar la deliberación democrática, en estos casos entre las instituciones, pero en nombre de la ciudadanía? Sabemos que la deliberación entre instituciones y ciudadanos no resulta posible si no se establece una selección de los ciudadanos deliberantes, y el DP puede actuar bien como filtro. Recordemos que no se ha producido una comunicación de calidad en los ejemplos relatados: la Administración no respondió correctamente, o aceptó sin más la recomendación del DP, pero no sabemos ni cómo ni por qué, y esto tampoco es calidad democrática. Si la Administración es un poder democráticamente deficiente y si las recomendaciones señaladas como ejemplo se refieren realmente al legislador, ¿no cabrán fórmulas alternativas?

A mi juicio, como ya he señalado, resulta preciso recuperar la idea, expresa en el mismo art. 54 CE, del DP como comisionado parlamentario. El mejor lugar para la deliberación democrática es el Parlamento, por su pluralismo y su publicidad, y el DP puede y debe contribuir a que la agenda pública se abra a las demandas de la ciudadanía, un término medio entre deliberación elitista y deliberación igualitarista, que solventa buena parte de los problemas de esta. Veamos finalmente las posibilidades legales[54] y su práctica:

---

[54] En sentido similar a lo que sigue, J. M. Castellà Andreu, «La participación de los Defensores del Pueblo en los procedimientos normativos como instrumentos de comunicación entre ciudadanos e instituciones», en G. Escobar Roca (ed.), *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo*, Madrid, Dykinson, 2013, esp. p. 541, donde señala cuatro «factores que podrían ser regulados», pero en mi opinión los cuatro, muy razonables, pueden ser desarrollados ya, sin necesidad de reformas legales (*vid*. la nota 30). Para profundizar algo más sobre este tema, también en la misma línea de Castellá y mía, entre otros, F. Sainz Moreno, «Defensor del Pueblo…», *op. cit*., M. García Álvarez y R. García López, «El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del Estado social», y J. M. Codes Calatrava, «El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales», los dos últimos en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010.

1) El DP solo está obligado a comparecer en las Cámaras al presentar su informe anual (art. 32 LODP). Aunque nada se dice en la LODP, los parlamentarios pueden pedir que comparezca, y así se ha hecho en contadas ocasiones. Estas comparecencias son escasas y breves y por tanto no permiten deliberar demasiado. Por ejemplo, en la XIV Legislatura, el DP debatió con los diputados y senadores de la Comisión Mixta, dejando fuera las comparecencias legalmente obligatorias (presentación del informe anual y del informe del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura), solo en seis ocasiones (¡en casi cuatro años!): Francisco Fernández Marugán sobre la crisis del covid-19 (26 de noviembre de 2020, a petición de los Grupos Popular, Vox y Ciudadanos), sobre los migrantes en Canarias (27 de abril de 2021, a petición de los Grupos Republicano y Popular y del senador canario Fernando Clavijo), sobre el reparto de vacunas contra el covid-19 (25 de mayo de 2021, a petición del Grupo Popular), sobre los migrantes en Ceuta y la educación durante la pandemia (19 de octubre de 2021, a petición de los Grupos Democrático, Republicano y Popular) y Ángel Gabilondo, sobre los abusos sexuales en la Iglesia (20 de junio de 2022, a petición propia) y sobre sus relaciones con los Defensores autonómicos (20 de febrero de 2023, también a petición propia). Ninguna, como se advierte, al menos monográficamente, para debatir sobre una recomendación de reforma legislativa. Es verdad que la normativa vigente no ayuda mucho, pero un buen DP (o más deliberativo) debería comparecer más a menudo (y los parlamentarios pedírselo), y no en la Comisión Mixta, sino en la Comisión especializada en cada tema objeto de debate. Podríamos así conseguir una mejor deliberación, basada en datos y razones, y en debate constructivo con parlamentarios a los que se les supone un cierto grado de preparación en la materia a debatir.

2) Los problemas más graves seguramente se plasmarán en las recomendaciones de reforma legislativa (art. 28.2 LODP) que no son atendidas; contamos con algunos mecanismos para lograr la información necesaria previa a una buena recomendación[55], pero carecemos de instrumentos para forzar el debate. Sería bueno incorporar en una reforma legislativa la proposición de ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 2 de octubre de 1995, en cuya virtud el Gobierno (que presenta la gran mayoría de las iniciativas legislativas) debe explicar de forma única y escrita el por qué no sigue las recomendaciones del DP (el segundo Informe, de 1984, llegó a incluir un anexo con esta contestación del Gobierno[56]). Está claro que el Gobierno

[55] La mención en el informe anual o especial de las autoridades que persistan en «actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación» (art. 24.1), la denuncia al Fiscal General del Estado (art. 25), el ejercicio de la acción de responsabilidad (art. 26) y el delito del art. 502.2 CP. Una reciente reforma de la ley del DP navarro añade las multas coercitivas.

[56] *Vid.*, *https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME1984InformeyDebates.pdf,* pp. 261 y ss.

no está obligado a cumplir las recomendaciones, pero la democracia deliberativa exige que al menos justifique por qué no lo hace. Además, hacerlo en público puede provocar un interesante debate en la Cámara, que mejore la deliberación, la haga menos elitista (pues en la mayoría de los casos el tema fue introducido por la ciudadanía) y abra el camino a futuras iniciativas, del mismo Gobierno o de la oposición. De forma complementaria, sería también conveniente otra medida legislativa, que ya existe en otros países (*e.g.*, en México), que habilitara al DP a obligar a los incumplidores de sus recomendaciones a comparecer en el Parlamento. Si no quieren deliberar, se les obligará a ello, pues la ciudadanía, que habla a través del DP, así lo demanda.

6. BIBLIOGRAFÍA

De Andrés Alonso, F. L., *Los defensores del pueblo en España*, Madrid, Reus, 2017.

Aragón, M., «Estudio preliminar», en C. Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990.

Blanco Valdés, R., «¿Hacia una democracia sin partidos? Crisis partidista, selección de élites y representación», en M. Aragón Reyes *et. al.*,, *Derecho constitucional del siglo xxi: desafíos y oportunidades*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

Bruñén Barberá, F. M., «Artículo 17», en A. Rovira Viñas (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.

De Cabo Martín, C., *Conflicto y Constitución desde el constitucionalismo crítico*, Madrid, CEPC, 2019.

Carballo Martínez, G., *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

Castellà Andreu, J. M., «La participación de los Defensores del Pueblo en los procedimientos normativos como instrumentos de comunicación entre ciudadanos e instituciones», en G. Escobar Roca (ed.), *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo*, Madrid, Dykinson, 2013.

— «Democracia de identidad y referéndum ante una posible reforma de la Constitución española», en E. Álvarez Conde (dir.), *Reflexiones y propuestas sobre una reforma de la Constitución española*, Granada, Comares, 2017.

Codes Calatrava, J. M., «El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales», *Teoría y Realidad Constitucional*, 26, 2010.

Duverger, M., *Los partidos políticos*, México, FCE, 1957.

Escobar Roca, G., «Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss», *Revista Española de Derecho constitucional*, 58, 1999.

— *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

— «Del Derecho débil a la fuerza de los derechos», en *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate*, Madrid, Dykinson, 2008.

— «Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo: análisis empírico, reconstrucción teórica y propuesta de futuro», *Teoría y Realidad Constitucional*, 26, 2010.
— «Correcciones participativas a la democracia representativa», comunicación en *XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, León, marzo de 2017: *https://congresoace.files.wordpress.com/2016/11/mesa1comunicaciongescobar.pdf*
— *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
— «¡Basta de ficciones! Representan a sus electores. Democracia, derechos y proporcionalidad en la STC 151/2017», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, XI, 2018.
— «¿Existe realmente un derecho del público a recibir información veraz?», en H. Aznar *et al.*, *El derecho de acceso a los medios de comunicación*, vol. I: *Legislación y jurisprudencia*, Valencia, Tirant Humanidades, 2018.
— «Los derechos del gobierno abierto, ¿un proyecto utópico?», en L. E. Ríos Vega e I. Spingo (dirs.), *Gobierno abierto y derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019.
— «El Defensor del Pueblo, una institución clave para mejorar el debate público», en J. Tudela *et al*., *Libro Blanco sobre la calidad democrática*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
— «Investigación en derechos humanos», en *Argumentación e investigación en derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
— «Ampliación de derechos por el Defensor del Pueblo: relectura iusfundamental», *Cuadernos Constitucionales*, 2, 2021.
— *El Derecho, entre el poder y la justicia. Una introducción crítica al sistema jurídico español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., 2022.
Expósito, E., «Participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las leyes», en J. Tudela *et al*., *Libro blanco sobre la calidad democrática en España*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
Fraga Iribarne, M., *En busca del tiempo servido*, Barcelona, Planeta, 1987.
García Álvarez, M. y García López, R., «El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional de desarrollo del Estado social», *Teoría y Realidad Constitucional*, 26, 2010.
García Higuera, R., «¿Una nueva etapa para la libertad de expresión? La dimensión social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en D. Montalván-Zambrano e I. Wences (coords.), *La justicia detrás de la Justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2023.
Gimbernat, J. A., «Cómo se frustró el nombramiento de José Antonio Martín Pallín para Defensor del Pueblo y por quién», *Jueces para la Democracia*, 21, 1994.
González Encinar, J. J., «Democracia de partidos versus Estado de partidos», en *Derecho de partidos*, Madrid, Espasa, 1992.
González García, I., «Una revisión de la potestad de autorreglamentación del Defensor del Pueblo desde la perspectiva de las fuentes del Derecho», *Teoría y Realidad Constitucional*, 26, 2010.
Kuckso-Stadlmayer, G., *European Ombudsman-institutions*, Viena, Springer, 2008.

Maeztu Gregorio De Tejada, J., «La mediación del Defensor del Pueblo Andaluz como impulsor de la gestión de conflictos en cultura de paz», 2023: *https://www.ararteko.eus/sites/default/files/alfresco/documents/ES-LegeenGeroa-JesusMaeztu.pdf*

Martí, J. L., *La república deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

— «El rol deliberativo del Ombudsman en una república deliberativa», en G. Escobar (ed.), *Ombudsman y democracia*, Madrid, Dykinson, 2015.

Martínez-Bascuñán, M., «¿Puede la deliberación ser democrática? Una revisión del marco deliberativo desde la democracia comunicativa», *Revista Española de Ciencia Política*, 24, 2010.

Ovejero, F., «Democracia liberal y democracias republicanas. Para una crítica del elitismo democrático», *Claves de Razón Práctica*, 111, 2001.

Peces-Barba Martínez, G., *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, CEC, 1988.

Pérez Zafrilla, P. J., «¿Participación directa o delegada? Una respuesta al aparente dilema de la democracia deliberativa», *Sistema*, 214, 2010.

Rico Motos, C., *Deliberación parlamentaria y democracia representativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2016.

Ruiz Miguel, A., «Problemas de ámbito de la democracia», en *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*, Madrid, CEPC, 2020.

Sainz Moreno, F., «Defensor del Pueblo y Parlamento», en *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Madrid, Universidad Carlos III, 1992.

Salvador Martínez, M., *Partidos políticos*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

Sierra Rodríguez, J., *La participación en la elaboración de normas de la Administración General del Estado*, Madrid, CEPC, 2019.

Transparencia Internacional, *Una evaluación del lobby en España*, 2014.

Tudela Aranda, J., *El Parlamento en tiempos críticos*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

Vírgala Foruria, E., «La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos y sus problemas en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, 35, 2015.

Von Beyme, K., *Los partidos políticos en las democracias occidentales*, Madrid, Siglo xxi, 1986.

CAPÍTULO XIV

LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Luis Enrique Landauri Paredes
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Abat Oliba-CEU
Doctorando CEINDO y becario FI - AGAUR.

Pablo Nuevo López
Profesor Agregado de Derecho Constitucional
Universidad Abat Oliba CEU.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestros días, resulta natural el reconocimiento de ciertos principios propios del Estado Constitucional de Derecho, como los de *división de poderes* o *supremacía constitucional*, que se han estructurado gracias a distintos aportes históricos y doctrinarios que los cimentan y desarrollan, sumado a distintos mecanismos que los hacen realmente viables y ponen en el centro del ordenamiento el respeto y protección del ser humano (finalidad última) y de la sociedad a través de la cual cada persona se desenvuelve y realiza.

En la actualidad, el primer principio comentado —el de *división de poderes*[1]— es más complejo que el inicialmente formulado en el Estado

[1] Schmitt utiliza la expresión de distinción de poderes. *Vid*. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 186-188.

liberal; aun así, sigue estando «orientado a impedir una concentración del poder estatal que genere su abuso o su ejercicio anómico»[2]. Así, tal principio delimitará la actuación de cada uno de los poderes públicos de modo que exista un control recíproco, que no se transforme en un desplazamiento o asunción de atribuciones asignadas a otras instituciones[3].

De otro lado, el segundo principio indicado supone, de manera esencial, la primacía de la Constitución sobre la ley y cualquier otra decisión de los poderes públicos[4]; la primacía de un documento donde se expresa la voluntad suprema del Estado, «la pretensión fundamental de la vida estatal»,[5] una voluntad en principio eficaz «aunque en casos concretos esta pueda ser equivocada o haber sido conducida en una dirección errónea»[6].

Unido a ello, dentro de los mecanismos que permiten el mantenimiento del Estado Constitucional de Derecho, se ha reconocido y establecido la existencia de una *jurisdicción constitucional*, vía para la *tutela de los derechos fundamentales* y el *control de constitucionalidad*, medio para garantizar el respeto de los derechos, de las instituciones[7] y de la supremacía constitucional.

Pero, además, se ha considerado necesario que tal control lo ejerza un órgano especializado y autónomo, como garantía constitucional básica sin la cual se considera que la referida supremacía sería «jurídicamente imperfecta». Por ello, se ha considerado la existencia del Tribunal Constitucional, órgano de configuración constitucional ínsita, como componente fundamental y sin el cual, a decir de García-Pelayo, «no hay un verdadero Estado constitucional de Derecho»[8].

Es cierto que este órgano ejerce, en cierto sentido, un control limitado en tanto juzga únicamente aquello que se somete a su jurisdicción, en principio, en función de lo que se haya invocado en el proceso (no cuenta con competencia de oficio) y, como resulta natural, a *posteriori*

---

[2] M. García-Pelayo, «El "status" del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981, p. 20.

[3] En un sentido similar, aunque referido específicamente a la interpretación y la potestad normativa en el ámbito de la justicia constitucional, *vid*., H. Simon, «La jurisdicción constitucional», en E. Benda, W. Maihofer, H-J. Vogel, K. Hesse y W. Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 854.

[4] Cfr. M. García-Pelayo, «El "status" del Tribunal Constitucional», *op. cit*., p. 18.

[5] R. Canosa Usera, «La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional», *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990, p. 127.

[6] E. Denninger, «Democracia militante y defensa de la Constitución», en E. Benda, W. Maihofer, H-J. Vogel, K. Hesse y W. Heyde, *Manual de Derecho Constitucional,* 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 454.

[7] Recordemos, por ejemplo, que una norma puede ser declarada inconstitucional no solo por afectar derechos constitucionales sino, también, por vulnerar la atribución de competencias, la separación de poderes, entre otros.

[8] M. García-Pelayo, «El "status" del Tribunal Constitucional», *op. cit*., p. 19.

al acto juzgado[9]; al punto que se le ha llegado a calificar como el «más débil de los órganos constitucionales»[10]. Así, por ejemplo, Tomás y Valiente contrasta la funcionalidad del Tribunal Constitucional con su «falta de iniciativa y con el hecho de que sea dependiente de todos los demás órganos constitucionales del Estado en el momento de su nacimiento y en los sucesivos de las renovaciones parciales»[11].

Sin embargo, los jueces que componen el Tribunal Constitucional, a diferencia de un juez ordinario, cuentan con un estatuto reforzado que los protege de los poderes públicos a los que está llamado a controlar[12] y, así, se garantiza que puedan cumplir con su rol de ser los garantes de la democracia constitucional y la división de poderes, división vertical y horizontal, división entre la esfera del Estado y de la sociedad, división entre el poder constituyente y poder constituido[13]. Además, dadas sus funciones como máximo y definitivo intérprete de la Constitución, sus decisiones tienen un gran impacto en la sociedad al extremo de estimársele como «predominante frente a otros órganos constitucionales, caracterizándosele de cuarto poder, legislador complementario, parlamento de notables, gabinete en la sombra, instancia suprema de revisión, juez soberano o contracapitán»[14].

Así, la consolidación de los tribunales constitucionales —no solo en Europa— y pese a la importante labor que desempeñan, o quizá debido a ello, no ha evitado que se encuentren sujetos a críticas y se cuestione el rol contra mayoritario que desempeñan; de forma particular, en regímenes con «democracias iliberales»[15] o populistas[16].

---

[9] Cabe indicar que existen excepciones, como el Tribunal Constitucional chileno que se encuentra facultado para ejercer un control preventivo sobre la constitucionalidad de un proyecto legislativo (sea que se solicite por mandato obligatorio –como en los casos de proyectos de ley de interpretación de la Constitución o de leyes orgánicas– o facultativo –a solicitud del Presidente de la República o los miembros de las Cámaras–. *Vid*. art. 82 de la Constitución de Chile).

[10] H. Simon, «La jurisdicción constitucional», *op. cit*., pp. 825 y 839.

[11] F. Tomás y Valiente, «La Constitución y el Tribunal Constitucional», en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *et al*., (coord.), *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 33.

[12] L. Favoreau, «Informe general introductorio», en *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 21.

[13] M. García-Pelayo, «El "status" del Tribunal Constitucional», *op. cit*., pp. 20-21.

[14] H. Simon, «La jurisdicción constitucional», *op. cit.*, p. 838.

[15] Castellà menciona que «la democracia sin Estado de Derecho es una democracia iliberal o una democracia revolucionaria: una democracia sin límites al poder, y, al final, una democracia que se identifica con la regla de la mayoría, que lo puede todo». *Vid*. J. M. Castellà Andreu, «La democracia según la Comisión de Venecia: pluralista, constitucional y representativa», en J. M. Castellà Andreu, M. Montobbio y S. Granata-Menghini, (dirs.), *Estado de Derecho, democracia y globalización. Una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022, p. 254.

[16] Los regímenes populistas se sustentan en una falsa asimilación de democracia y la regla de la mayoría, en sentido lato, sin tomar en cuenta el «justo equilibrio» del que nos habla Fioravanti en la democracia constitucional. Siguiendo a Castellà, «El populismo da preferencia

Por ello, resulta necesario ponderar el relevante papel que desempeñan los Tribunales Constitucionales dentro de una sociedad democrática, característica de todo Estado constitucional, y examinar ciertas consideraciones que eviten que, desde un discurso iliberal o populista, se mine la legitimidad del control constitucional que realizan (como la discusión del alcance político de sus decisiones).

2. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO DIMENSIÓN DERIVADA Y SU FUNCIÓN DE INTEGRACIÓN

La supremacía constitucional es la que dota de un carácter especial y de justificación a la existencia misma de los Tribunales Constitucionales, que están llamados a garantizar aquel documento de consenso que se presenta como *decisión política fundamental* en términos de Schmitt[17], que entraña la voluntad suprema del Estado, recoge los valores que reafirman la eficacia de los actos públicos, enumera los objetivos políticos esenciales del Estado y habilita a los órganos de conducción política.

En igual sentido, Kelsen observa que la Constitución es el *principio supremo* que reúne la esencia de la comunidad constituida y es la expresión jurídica del equilibrio de las fuerzas políticas, la *regla de fondo* que «determina por entero el ordenamiento estatal […] el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico […] principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado»[18].

---

a la democracia sobre las garantías constitucionales... Sin embargo, otros autores, con los que concuerdo, subrayan que el populismo acaba por erosionar la democracia misma (Müller, 2017). Democracia no es solo la regla de la mayoría, sino que implica respeto a minorías, reglas especiales para aprobar la reforma constitucional con mayorías cualificadas, o la existencia de contrapoderes. Sin estos elementos, la democracia degenera en autocracia». *Vid*. J. M. Castellà Andreu, «Prólogo», en D. Fernández Cañueto, *Representación política y Constitución española*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 12.

[17] C. Schmitt, *op. cit*., pp. 47-49.

[18] H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 2011, pp. 259-260. Debemos advertir que Kelsen se esfuerza por caracterizar a la norma fundamental como (i) «pura institución normativa (Normesetzung)» –no un valor sustantivo donde se afirme algún valor que trascienda el ordenamiento positivo– y (ii) por defender la existencia de una vinculación entre relativismo moral y democracia —muy discutida por autores como Vinx y Ruiz Manero— (*Vid.*, H. Kelsen, «Foundations of Democracy», *Ethics*, The University of Chicago Press, 1955, pp. 1-101; J. A. García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental,* Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 42-46; J. de Miguel Bárcena y J. Tajadura Tejada, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo editores, 2018, pp. 169-172; P. da Silva Moreira, *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, pp. 64-69). Ahora bien, tal proyección relativista no impediría que, de acogerse un valor a nivel constitucional, éste sea plenamente aplicable bajo los conceptos kelsenianos de eficacia y validez normativas. A consideración de Kelsen, «La norma básica

Así, el Estado se asienta sobre un *orden fundamental cualitativo*[19] o *consenso fundamental nacional*, bajo unos elementos socioculturales comunes[20] (*ethos*) —dentro de los cuales se encuentran incluidos los derechos humanos—[21] que permiten cierta homogeneidad social que facilita que se mantenga vivo dicho consenso y que, caso contrario, la convivencia se tornaría difícil[22], que sobrepasa lo «puramente competencial y procedimental»[23] y al cual no cabe someter a votación[24].

En consecuencia, le corresponderá al Tribunal Constitucional hacer valer aquella voluntad suprema que constituye la voluntad política del conjunto de la sociedad, el «pacto o compromiso político y social que esta refleja»[25], con aquellas consecuencias que ello pueda implicar. A partir de esto, ¿podemos afirmar que el Tribunal Constitución tiene una naturaleza política o, en último extremo, despliega un rol político?

---

comulga con los valores que en cada momento rellenen el ordenamiento al que formalmente habilita, pero no trasciende ese ordenamiento oponiéndole otros valores, "no es una norma de justicia ni proporciona una justificación político-moral del Derecho positivo, sino sólo una condicionada fundamentación epistemológica (*erkenntnistheoretische*) de su validez" (*Geltungsgrund*, 1427)»: no impide que se puedan acoger constitucionalmente ciertas valoraciones. Citando a García Amado, «No ha de chocar, pues, que en su última obra Kelsen no sólo prescinda de la distinción que comentamos, sino que vaya aún más lejos y equipare el sistema jurídico y el sistema moral como sistemas igualmente habilitadores de competencias normativas». *Op. cit*., pp. 26-27 y 45-46.

[19] Para Alexy, la Constitución es un orden fundamental, en el cual se deciden «asuntos fundamentales para la comunidad». R. Alexy, «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 22.

[20] C. Ruiz Miguel, «El constitucionalismo cultural», Cuestiones Constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, pp. 213 y ss. Rubio Llorente dirá que «un Estado sólo existe cuando se asienta sobre una comunidad humana»; una comunidad que requiere de una cultura compartida. Cfr. J. M. de Areilza, «Francisco Rubio Llorente: la Constitución vivida e interpretada», *Revista de Occidente*, Fundación José Ortega y Gasset – Gregorio Marañón, 1998, p. 75.

[21] A decir de Pizzorusso, la protección de la persona en las Constituciones de la postguerra se fundamenta en un modelo de cultural. *Vid*. A. Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, vol. I, 1984, pp. 193 y ss. En esa línea, J. Tajadura Tejada, «La Constitución cultural», *Revista de Derecho Político*, UNED, 1998, pp. 99 y ss.; *Idem*., *El Preámbulo constitucional*, Granada, Comares, 1997, en especial el capítulo viii.

[22] *Vid*. opinión de Böckenförde. Cfr. J. J. González Encinar, «Sobre el Derecho y el Estado. Conversación con el Profesor Ernst-Wolfgang Böckenförde», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Universidad de Murcia, 1995, p. 16.

[23] C. Starck, «Consenso fundamental nacional y Tribunales Constitucionales (Una reflexión jurídica comparada)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 542.

[24] E. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 43 y ss.

[25] J. Tajadura Tejada, *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, Marcial Pons, Fundación Manuel Giménez Abad, 2018, p. 29. Una recensión de este libro puede encontrarse en P. Nuevo López, «Reforma constitucional y reforma del Estado autonómico», *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 281-296.

2.1. ¿Naturaleza política del Tribunal Constitucional?

La denominación de «político» suscita un inconveniente debido a que dicho término es polisémico y, en consecuencia, dependerá del sentido o apertura con que usemos dicho calificativo para expresar si determinada actividad es o no política. Así, Stern indica que «lo "político" puede comprender numerosos objetos, según la mayor o menor incidencia o interés en juego. No es aislable; "político" puede ser tanto un Proceso ante los Tribunales de Justicia como una representación teatral»[26].

Aun ello, pese al distinto sentido de la expresión o significación atribuida, podríamos tener consecuencias cercanamente similares. Desde diversos ámbitos —por no decir conceptualizaciones—, se ha expresado que los Tribunales Constitucionales tienen naturaleza política por distintas razones.

2.1.1. Por ser parte de la estructura estatal y al ser política la actividad del Estado

De acuerdo con lo manifestado por Stern, la «raíz griega "político" hace referencia a la *Polis*, a la comunidad, a los asuntos públicos, a la generalidad… la política es el "círculo en el que el Estado y su naturaleza se determina y se impone" […] Común a toda actividad política es la referencia a los asuntos públicos»[27].

De ese modo, toda la actividad estatal tendría una vinculación y sustento político; en consecuencia, la actividad judicial constituye en sí misma un ejercicio político del poder público. Recogiendo lo expresado por Häberle, «"Lo político" se entiende aquí ampliamente: se caracteriza por su relación potencial o actual con la res publica en su conjunto […] Todas las funciones estatales son funciones políticas en este sentido [...] El Derecho y la política no se contraponen uno al otro en el Estado constitucional democrático: son aspectos parciales, funciones de la res publica en su conjunto»[28].

A lo indicado, sobre que toda la actividad estatal es política, cabría la discusión de si todas las entidades del Estado sobre las cuales recae la acción de control constitucional desarrollan una mera actividad política, en tanto podrían existir entidades que, formando parte de la estructura estatal, desempeñan un rol más técnico o especializado que otras (incluso, actividades más de corte privado que público en determi-

---

[26] K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, p. 127.

[27] *Id.*

[28] P. Häberle, «El Tribunal Constitucional como poder político», Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 17.

nados ámbitos) sin perjuicio de tener una justificación última de interés público en su actividad.

Canosa no trata como idénticas a las distintas entidades estatales, distingue entre *órganos estatales ordinarios*, que carecen de una orientación política independiente, y *órganos constitucionales*, que gozan de igual rango y son los que concretan la orientación política del Estado dentro del sistema democrático (como el Gobierno y el Parlamento, además de las Comunidades autónomas, dentro de su ámbito de competencias)[29]. Siendo así, pareciera que el atribuido rol político de los Tribunales Constitucionales no se debe al mero hecho de ser parte de la estructura estatal sino, si se quiere, debido a su especial naturaleza como órgano constitucional y, más en particular, por la derivación de los conflictos políticos a su fuero.

Ante un posible enfrentamiento por la «diversa interpretación» de orientación política constitucional, será necesario un ámbito de coordinación que haga operativa la unidad del Estado. En estos supuestos, la resolución de dicha disputa o carga de la decisión política se traslada a los Tribunales Constitucionales, «encargado[s] de fijar, en este caso, la orientación correcta»[30]. Así, Simon destaca —al hilo de la experiencia alemana— que «El peso político del Tribunal accedió de forma tanto más plástica a primer plano cuanto más se sintieron los órganos políticos tentados a confiar a la fuerza coercitiva de los tribunales medidas impopulares, y cuanto más renunció la oposición a limitar el control del Gobierno al debate parlamentario, y acudió al Tribunal Constitucional Federal y dio al mismo la última palabra en asuntos de extraordinaria relevancia»[31].

2.1.2. Por ejercer control sobre entidades públicas o de naturaleza política

Según Favoreau, «el juez constitucional desempeña necesariamente un papel o una función política», en gran medida porque, «al controlar a los poderes públicos, pese a que su actividad y métodos sean de naturaleza jurídica, el alcance de sus decisiones tiene con frecuencia un carácter inevitablemente político».[32]

Así, la actividad de los jueces constitucionales tendría una dimensión y alcance político porque limita la actividad política del propio Estado. Dicho de otro modo, al controlar a los poderes públicos, el juez constitucional y, en particular, los Tribunales Constitucionales desempeñarían una real función política.

---

[29] R. Canosa Usera, *op. cit*., pp. 133-135.
[30] *Ibid*., p. 135.
[31] H. Simon, *op. cit*., p. 839.
[32] L. Favoreau, *op. cit*., pp. 21-22.

Habría que discernir si todas las decisiones del juez constitucional tienen un *carácter inevitablemente político*[33] dado el acto controlado. Cabría examinar si el mecanismo de control constitucional adquiere su naturaleza de la entidad o del acto controlado, si este transmite o convierte la esencia del mecanismo empleado o al mismo controlador; sumado a que, como resalta García-Pelayo, «Importa advertir que no toda decisión y acción del Estado, no toda expresión de su voluntad, tienen carácter político»[34] y, así, no todo acto estatal sobre el cual recae el control constitucional tendría un carácter político.

En ese sentido, convendría considerar si el impacto de la decisión devela la naturaleza del fallo: más allá de la discusión de si existen o no decisiones del Tribunal que no tienen un impacto político, resulta problemático hacer depender la naturaleza de una institución de factores externos o coyunturales (como la materia o el órgano sobre el cual recae la decisión). Amerita preguntarse si la esencia o naturaleza de un objeto depende de los elementos circunstanciales externos a él mismo.

2.1.3. Por ser política la aplicación de la justicia y la naturaleza propia del Derecho constitucional

La línea argumentativa aquí sostenida es que la *justicia* implica una serie de consideraciones amplias, valoración que en buena cuenta implica un componente o decisión política, sumado a que el Derecho constitucional en sí mismo tiene connotaciones claramente políticas.

Así, la justicia constitucional tiene un carácter político[35] y, de igual forma, los contenciosos constitucionales son de naturaleza política[36] ya que «la materia propia del Derecho constitucional es la política»[37]. No se trata de «La confrontación entre Derecho y Política, entre función jurisprudencial y función política, la terminología "Derecho apolítico" no pueden continuar»[38] sino que, de modo particular, el Derecho constitucional tiene un fuerte influjo político dado que formaliza la estructura e institucionaliza el orden de convivencia de la comunidad política y lidia con algunas de las determinaciones más importantes que debe hacer una comunidad[39].

---

[33] *Id*.

[34] M. García-Pelayo, «El "tatus" del Tribunal Constitucional», *op. cit*., p. 23.

[35] Cfr. H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 19-21.

[36] H. Simon, «La jurisdicción constitucional», *op. cit*., p. 849.

[37] F. Rubio Llorente, «Derecho constitucional», en M. Aragón, (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, t. I, Madrid, Civitas, 2001, p. 27.

[38] P. Häberle, *op. cit*., p. 11.

[39] C. Casey, «Constitutional Design and the Point of Constitutional Law», *The American Journal of Jurisprudence*, Oxford University Press, 2022, pp. 178-179.

Sin perder de vista que todo Tribunal Constitucional se constituye como un órgano constitucional con *función jurisdiccional*[40], es innegable que sus decisiones, aún contra los discursos iliberales o populistas, tienen un impacto político y, no solo eso, el propio Tribunal cuenta con una *dimensión política derivada* de la propia naturaleza de la Constitución.

El órgano de control constitucional debe velar por el respeto a la norma fundamental de la comunidad política, un documento con valores, atribuciones competenciales y objetivos con un alto contenido político; le corresponde, por tanto, «interpretar y aplicar con carácter supremo el Derecho constitucional»[41]. En esta tarea, además de hacer efectivos los límites jurídicos al poder que establece la Constitución, el Tribunal Constitucional debe velar que los poderes públicos respeten la orientación política juridificada en la Carta Magna, orientando el ejercicio de sus funciones a los valores y fines que al Estado impone la propia Constitución. Así, se puede llegar a decir que el Tribunal Constitucional influye en la orientación política del Estado: cumple un rol con dimensión política.

Ello no implica necesariamente un desplazamiento del carácter jurisdiccional al político. El Alto Tribunal constata si la actuación estatal (política o no) se adecúa a las atribuciones y delimitaciones constitucionales, es decir, lo predeterminado por la misma Constitución,[42] empleando un juicio de constitucionalidad y enmarcado en normas jurídicas,[43] y sin perjuicio de realizar a partir de ello los desarrollos que resulten necesarios para darle operatividad al texto constitucional.

Menciona Canosa que la limitación de la *actividad de orientación política*[44] por parte del Tribunal Constitucional se da como consecuencia de un «efecto reflejo» que deriva de la naturaleza especial de sus funciones, que «no se configura constitucionalmente como un órgano de orientación política: su naturaleza se presenta fundamentalmente como jurisdiccional, a pesar de los rasgos políticos de sus funciones»[45].

En una línea similar, Tomás y Valiente comenta que, aun cuando la realidad política resulte conflictiva, «el Tribunal Constitucional, que

---

[40] El observar si se ha vulnerado o no la Constitución consiste en la «verificación de un hecho que contradice la Constitución, sea por acción, sea por omisión». H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit*., p. 3.

[41] M. García-Pelayo, «El "status" del Tribunal Constitucional», *op. cit*., p. 24.

[42] Cfr. R. Canosa Usera, *op. cit*., pp. 127, 136-137; K. Stern, *op. cit*., p. 130.

[43] Cfr. H. Simon, «La jurisdicción constitucional», *op. cit*., p. 849.

[44] De acuerdo a lo indicado por Canosa, la actividad de orientación política (entendida como acción «unificadora y directiva» por la cual el Estado «manifiesta su deseo de continuar siendo un Estado, y para ello determina las líneas generales de la actuación de todos sus órganos») se identifica, en su sentido subjetivo, con la voluntad directora y de coordinación del Estado y, desde el punto de vista objetivo, «con el conjunto de fines determinados para dirigir la acción futura de los poderes públicos». *Op. cit*., pp. 126, 129-130.

[45] *Ibid*., pp. 149-150.

resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político […] Su posición es eminente, la propia de un juez […] Lo esencial es que la politización del litigio jurídico y del paralelo debate social no influyan en la resolución del Tribunal»[46]. Al no estar por encima de lo juzgado, no tiene un carácter *supra* ordenador al momento de decidir —como si fuese *poder constituyente*—, sino que ha de ejercer un control alejado de visos o influencias políticas no impregnadas en el texto constitucional.

Si bien es muy difícil alejar la influencia política sobre los decisores de la jurisdicción constitucional, dada la «conciencia política» y los «intereses propiamente políticos» existentes,[47] el ámbito de discreción de las decisiones del Tribunal Constitucional se encuentra limitado por los propios márgenes de la Constitución. Documento normativo que un poder constituido no puede redireccionar políticamente y sobre el cual un fuero jurisdiccional —por más que emule ser un foro de representatividad democrática donde se vuelquen debates y expresiones reflejo de los más amplios espectros ideológicos de la sociedad (igualdad participativa: *fairness*)—[48] no puede cambiar lo establecido. Sin perjuicio de los desarrollos que se requieran para hacer operativo el texto constitucional, manteniendo la lógica y unidad del sistema.

Todo ello no quita que, a fin de cuentas, «la función de un Tribunal Constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la función de los otros tribunales»,[49] un mayor ámbito de libertad o discreción que cualquier órgano ordinario y, en determinadas circunstancias, mayor que otros órganos constitucionales. No obstante, la política que aplica (justificadamente) un Tribunal Constitucional es la política plasmada en el máximo canon interpretativo, la Constitución; allí se encuentra su cariz político.

2.2. Función pedagógica y de educación político constitucional

Lo mencionado en cuanto al impacto y, sobre todo, a la dimensión política de las decisiones del Alto Tribunal no es poco porque revela un

---

[46] F. Tomás y Valiente, *op. cit*., pp. 18-19.

[47] H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», *op. cit*., p. 277. Asimismo, tanto Stern como Simon, sostienen que el Derecho y política no se encuentran desvinculados; incluso, Stern menciona que ambos son instrumentos para la dirección de la comunidad. *Vid*. K. Stern, *op. cit.*, pp. 133; H. Simon, *op. cit*., pp. 848-849.

[48] No solo no corresponde, sino además, según Simón Yarza, una jurisdicción constitucional expansiva de los derechos en casos morales controvertidos es potencialmente lesivo: no debe sustraerse de la deliberación democrática y, por el contrario, la adopción de decisión por parte de un tribunal puede entorpecer el razonamiento moral natural en tanto no actúa como aplicador del Derecho positivo consensuado por la comunidad. *Vid*. F. Simón Yarza, En*tre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pp. 217-228.

[49] H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, op. cit.*, p. 21.

compromiso y obligación con los objetivos y valores que contiene la propia Constitución a la cual está llamado a proteger y garantizar; así como, con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Lo cual se corresponde con un objetivo de *integración de la ciudadanía*[50].

Por un lado, esta dimensión política del Tribunal Constitucional se corresponde con su papel en la promoción y salvaguardia del *orden de valores* que soporta una convivencia justa en la sociedad, a través de la interpretación y aplicación de la Constitución[51]. Una *función de integración* que deriva de la unidad estatal, de la primacía de la Constitución y de su función política frente al pluralismo —que ha de ser defendido como regla general[52] pero sin que suponga un factor de atomización o desintegración de la estructura social (dialéctica entre pluralidad y unidad)—; lo cual ha llevado a García-Pelayo manifestar que el Alto Tribunal tiene por nota definitoria contribuir en el proceso de integración, que no es posible sin una participación en valores que lo sustenta y orienta[53]. En fin, ha de contribuir al respeto equilibrado y necesario hacia el pluralismo, sin los peligros que esta podría derivar, a través un rol integrador mínimo de valores que cohesionan e identifican al Estado.

Por otro, el reconocimiento de los *derechos fundamentales* (constitucionales) también conduce a una función política integradora en la medida que su incorporación «parte de un orden valorativo, de una concepción de la persona y la sociedad, de una "imagen del hombre", que no solo legitima el orden político, sino que precisamente por eso genera la correspondiente conciencia y sentimientos constitucionales, que conducen a la integración política»[54].

A esta defensa a que está llamado el máximo intérprete de la Constitución, de los valores e instituciones que forman parte nuclear del Estado Constitucional de Derecho y de los derechos fundamentales, se su-

---

[50] P. Lucas Verdú, «Conciencia y sentimientos constitucionales (examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política)», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Universidad de Murcia, 1997, p. 54.

[51] El Derecho tiene una correspondencia moral orientada a que la persona alcance el pleno desarrollo de su dignidad: «Eso significa que la política y el Derecho no pueden prescindir de la moral para ser moralmente correctas, ni la moral puede prescindir de la política y el Derecho si es que quiere ser fuerte y tener exigibilidad jurídica». R. Bustamante Alarcón, «La edificación de la moral relevante para la política y el Derecho. Los aportes de las éticas deontológicas y las éticas comunicativas de raíz kantiana», *Derecho PUCP – Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2009, p. 189; del mismo autor, *Entre la Moral, el Poder y el Derecho: Experiencias y reflexiones*, Lima, ARA Editores, 2006.

[52] La Comisión de Venecia defiende, como regla general, la democracia pluralista frente a la democracia militante. *Vid*., J. M. Castellà Andreu, «La democracia según la Comisión de Venecia: pluralista, constitucional y representativa», *op. cit*., p. 270.

[53] M. García-Pelayo, «El «status» del Tribunal Constitucional», *op. cit*., p. 27.

[54] P. Nuevo López, «Reconocimiento de nuevos derechos: problemas constitucionales», en R. Tur Asina, (coord.), *Sujetos, derechos y lealtad constitucional*, Pamplona, Thomson Reuters, 2022, pp. 157-158.

man otras garantías que se vinculan y desprenden de la misma función integradora. Así, «a las garantías jerárquico-normativas e institucional-orgánicas se adjuntan las concebidas *ad hominem*, que cabría resumir tal vez como garantías psicológico y educativo constitucionales»[55] que permitan un entendimiento común del núcleo de nuestros derechos y que, a fin de cuentas, posibilite un real nivel de integración.

Podemos decir así que el Alto Tribunal despliega una fuerza pedagógica y educadora que, sin afectar el necesario respeto del pluralismo, proyecta la política constitucional. En esa línea, Denninger sostiene que resulta primordial para una democracia en libertad «el cuidado del Estado y de la Constitución mediante una educación cívica, y a través de una defensa pedagógica, educativa, informativa o positiva de la Constitución»[56]. En igual sentido, en relación al Tribunal Constitucional Federal alemán, Häberle defiende que este «ha realizado *par excellence* una parte del "trabajo de educación y formación política" ("pedagogía constitucional", principios constitucionales "como" objetivos educativos) en el campo de los derechos fundamentales»[57], al extremo de identificarlo como un «"tribunal social" *sui generis* y en sentido amplio. A través de su jurisprudencia se abre a la variedad de ideas e intereses —la asume—, y viceversa, guía él a la sociedad…, es más un Tribunal de conjunto de la sociedad que uno "estatal"»[58].

Con dicha *función pedagógica y educadora* —que deviene de la propia función de integración y se despliega en la fundamentación de sus decisiones, en diálogo con sus sentencias anteriores—, se contribuye (i) al refuerzo de las instituciones, una dimensión que ayuda a la estabilidad y equilibrio del sistema político (*v.g*. reforzando la lógica institucional de la separación de poderes y el necesario equilibrio y articulación de los distintos órganos estatales) y (ii) legitimando el propio rol del Tribunal Constitucional, aunque esto dependerá en gran medida del «consenso básico político-constitucional» y de la aceptación de sus decisiones por las fuerzas sociales, «de la fuerza persuasiva y la mesura de sus sentencias», «porque ha acertado a transmitir y hacer cobrar conciencia de su valor mediante la jurisprudencia»[59].

3. PROYECCIÓN DE LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La dimensión política del Tribunal Constitucional tiene una proyección específica adicional de intermediación entre la dogmática

---

[55] E. Denninger, *op. cit.*, pp. 454-456.
[56] *Ibid*., p. 459.
[57] P. Häberle, *op. cit*., p. 36.
[58] *Ibid*., p. 21.
[59] H. Simon, «La jurisdicción constitucional», *op. cit*., pp. 825 y 839.

elaborada por la doctrina y el legislador. Esto se puede observar en los dos ámbitos siguientes:

3.1. Desarrollo de la teoría jurídica de las instituciones constitucionales y los derechos fundamentales

El carácter democrático del Estado conlleva que no todos los asuntos fundamentales de la comunidad se encuentren determinados de forma cerrada y para siempre[60], sino que se dan en la Constitución como *presupuesto de aceptación*[61] para un amplio consenso y margen de actuación para las distintas fuerzas políticas; así, algunas cláusulas constitucionales tienen un carácter o textura abierta que regula de una forma «extremadamente vaga cuestiones en parte sumamente discutidas»[62]. En esa línea, Alexy aprecia que la Constitución es un orden marco que deja muchas preguntas abiertas y, en algunos casos, se confía otras a la discrecionalidad de los poderes públicos[63].

En este escenario, amerita que las cuestiones jurídico-constitucionales sometidas a revisión sean desarrolladas o concretadas, garantizando la primacía del Derecho constitucional vía principios de interpretación como los de armonización de normas y unidad de la Constitución[64]. Lo cual sirve para darle sentido sistemático al texto constitucional y, a la vez, responder a las necesidades básicas de cada generación (no solo respecto de las instituciones sino, también, respecto al significado y alcance de los derechos, más si «la justificación ética del Estado viene de la necesidad de concretar el contenido de estos derechos»[65]), pudiendo darse lo que Häberle denomina «hallazgos»[66].

En el caso español, ha llegado a «afirmarse que el constituyente, sin perjuicio del papel que pueda corresponder en el plano político a las mayorías parlamentarias, ha dejado en manos del Tribunal Constitucional la tarea de elaborar una teoría jurídica de los derechos fundamentales acorde con la Constitución»[67]. Y, aunque parcialmente contraria

---

[60] Cfr. P. Nuevo López, *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, La Coruña, Netbiblo Editorial, 2009, p. 5.

[61] *Vid*. H. Simon, «La jurisdicción constitucional», *op. cit*., p. 846.

[62] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 22-23.

[63] R. Alexy, «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *op. cit*., p. 23.

[64] K. Stern, *op. cit*., pp. 255, 291, 293.

[65] F. Rubio Llorente, «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», en J. L. Requejo Pagés, (coord.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional, Fundamentos*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2006, p. 207.

[66] P. Häberle, *op. cit*., p. 33.

[67] L. Aguiar de Luque, «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1983, p. 18.

a la resistencia kelseniana de que «Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual»[68], ha motivado a Fernández Segado sostener que el Tribunal Constitucional «ejerce una actividad creativa de normas generales»[69].

Sin perder de vista lo que expresa Simon en cuanto a que «La decisión constitucional por una democracia con división de poderes veda una interpretación sin límites […] y haga subrepticiamente soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución»[70], resulta lógico y hasta necesario que el Alto Tribunal desarrolle los derechos fundamentales, perfeccionando desde la teoría jurídica lo que viene dado de consuno por el constituyente; entendiendo que lo que hace no es crear sino ampliar el mínimo garantizado, en la lógica que «La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción del derecho»[71].

Una continuación (que no creación) en la producción jurídica que sirve de dialéctica y fundamento para los miembros de la comunidad y sus instituciones, dada por el Alto Tribunal lógicamente de modo distinto que el legislador: (i) el carácter decisor del Tribunal no se da de oficio,[72] (ii) se construye la teoría jurídica sin mayor limitación que la del material normativo proporcionado por la Constitución —aunque con deferencia a lo predeterminado democráticamente por el competente, que esté dentro de su ámbito de discrecionalidad—, (iii) realizando una labor de intermediación entre la dogmática elaborada por la doctrina y el legislador, diseñando el aparato conceptual con el que se plasmará la política de derechos fundamentales en norma y reconduciendo la actividad del legislador al marco constitucional[73]. Diferencias que no niegan que el Tribunal Constitucional tenga un carácter político; solo se trata de un componente político que, en términos de Kelsen, respecto al legislativo «existe sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa»[74].

La dimensión política comentada ha tenido éxito en algunos ámbitos. Así, respecto del Tribunal Constitucional Federal alemán se ha expresado que sus sentencias, «en la medida en que interpretan y apli-

---

[68] H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la segunda versión en alemán de R. J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 263.

[69] F. Fernández Segado, «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 196.

[70] H. Simon, «La jurisdicción constitucional», *op. cit*., p. 854.

[71] H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit*., p. 263.

[72] *Quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest* («La potestad del juez no puede ir más allá de lo que está en juicio»), dada la naturaleza del proceso y lo limitado para integrar distintos criterios decisorios (incluso no jurídicos).

[73] Categorías para poder regular los derechos como, por ejemplo, titularidad, efecto directo o indirecto de los derechos en las relaciones entre particulares, distinción entre limitación, restricción y suspensión de derechos, entre otras, han sido elaboradas por los Tribunales Constitucionales.

[74] La traducción y cita completa pertenece a García Amado, *op. cit*., pp. 227-228, nota al pie 181.

can el Derecho político de la Constitución, son por naturaleza necesariamente políticas. De ahí que el *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal] sea sin duda una eminente institución política en el seno de un régimen de división de poderes orientado a la moderación; sus sentencias —y tanto más sobre materias que dividen a la opinión— responden a una función pacificadora, habiendo sido considerada generalmente como positiva su política de derechos fundamentales»[75].

3.2. Emisión de directrices legislativas

Así como el reconocimiento de derechos cumple una función política (legitimando, de un lado, el sistema jurídico político[76] y, de otro, el orden constitucional como expresión del consenso fundamental que concilia la libertad individual y el bien común vía garantía de los derechos[77]), el Tribunal Constitucional ejerce una dimensión política cuando dictamina las directrices de lo que se debe desplegar legislativamente.

El Tribunal Constitucional despliega una función orientadora indicando a las distintas instituciones del Estado cómo se ha de desarrollar algún precepto constitucional de cara a que guarde armonía con todo el sistema. Esto implica que el Alto Tribunal sea realmente un *árbitro de garantía constitucional*: deja que cada institución desempeñe el juego al cual está llamado por atribución de competencias, en consideración de sus especialidades, dictaminándoles las orientaciones pero sin ponerse a juego, en una integración pragmática donde «no se puede amarrar a *una* teoría o Escuela» sino que ha de estar «vinculado al respecto por el principio del pluralismo»[78].

La práctica de emitir directrices legislativas —no inusual en la experiencia de los Tribunales Constitucionales— va acorde con el respeto de las competencias de las otras instituciones, el equilibrio de poderes y, en especial, con elementos de deferencia a las determinaciones democráticas de instituciones que cuenten con reales posibilidades de integración de distintas voces o reflejos sociales (*instrumentos pluralistas de información y participación* en sentido amplio), en las que confluya

---

[75] H. Simon, «La jurisdicción constitucional», *op. cit*., p. 849.

[76] *Id*. Ya el art. 16 de la Declaración de derecho del Hombre y del Ciudadano estableció que «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución»; en similar sentido, García-Pelayo indica que es constitucional la ordenación del Estado que garantice los derechos individuales. M. García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 39.

[77] E. Benda, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en E. Benda, W. Maihofer, H-J. Vogel, K. Hesse, y W. Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 119.

[78] Las expresiones han sido tomadas prestadas de Häberle, *op. cit*., pp. 20, 21, 22 y 23.

una amplia participación y debate de los distintos sectores sociales y las distintas dimensiones humanas (no solo la jurídica). Incluso, va de la mano con la necesidad de arropar las decisiones con la mayor y más amplia legitimidad[79].

Esto será relevante, en especial, en aquellas grandes cuestiones políticas que dividen a la sociedad y requieren de una deliberación racional y un verdadero consenso, pues, manteniendo *auctoritas* al dictar las directrices que han de guiar el despliegue normativo, se da la oportunidad de que su desarrollo lo determinen las instituciones que cuenten con los mecanismos que aseguren que se integren todas las perspectivas, modulen su ejercicio frente a sujetos públicos o privados, se establezcan las excepciones o limitaciones justificadas en otros derechos relacionados[80]. Usando palabras de Häberle, se «posibilite a todos los ciudadanos sentirse comprendidos como tales, que ninguno se vea agravado excesivamente y no surja ninguna escisión o fractura ente los grupos o generaciones. Solo entonces es la Constitución, nuestra Ley Fundamental, el marco para el escenario y permanente "soportarse" siempre de nuevo todos los unos a los otros»[81].

El Estado no puede producir de forma directa la moralidad, el arte o la ciencia, pero sí puede producir las condiciones favorables para ello; sobre todo en aquellos temas donde se producen fragmentaciones ético-valorativas que requieren precisamente de un «consenso moral mayoritario»[82]. Así, Jellinek recuerda que «Los elementos esenciales productores de la cultura general de un pueblo residen de un modo fundamental en los individuos y en la sociedad, no en el Estado; pero este produce efectos sociales que en no pequeña parte son inconscientes y por tanto caen fuera de la esfera de los fines en cuanto efectos conscientes»[83].

Es por lo indicado que la emisión de directrices legislativas por parte de los Tribunales Constitucionales es una función importante y hasta necesaria para su legitimidad; de forma que, luego, el ordenamiento normativo sea desarrollado por las otras instituciones que cuenten con las garantías reales para albergar la mayor participación democrática. No es de extrañar que Häberle afirme que «La función del progreso del Tribunal Constitucional Federal tiene límites: estriban en su equilibrio con las otras funciones estatales, con las cuales se halla en competen-

---

[79] Según Häberle, Derecho y Política no se contraponen en el Estado constitucional democrático, sino que son aspectos parciales del conjunto de la res publica y que «También las buenas decisiones para tornar efectivos los derechos fundamentales son política: política de derechos fundamentales». Cfr. P. Häberle, *op. cit*., p. 17.

[80] *Vid*. P. Nuevo López, «Reconocimiento de nuevos derechos: problemas constitucionales», *op. cit*., pp. 163-165; F. Simón Yarza, *Entre el deseo y la razón, op. cit*.

[81] Cfr. P. Häberle, *op. cit*., pp. 24-25.

[82] E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984, p. 408.

[83] G. Jellinek, *op. cit*., p. 166.

cia, sobre todo con el legislador democrático y otras funciones de la Constitución como proceso público (estructurado) o su paralelogramo de fuerzas»[84].

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CONSIDERACIONES DE ACTUACIÓN

Lo antes descrito en cuanto a la actuación del Tribunal Constitucional ha conllevado que el contenido de las instituciones constitucionales[85] y los derechos pasen por una fase expansiva o de desarrollo, incluso, suscitándose la incorporación de nuevos derechos de creación jurisprudencial[86]. Esto ha tenido aspectos positivos innegables en atención a la mayor protección de la dignidad humana, unido a un mayor ámbito de bienes garantizados[87]; sin embargo, en casos puntuales, ha suscitado aspectos problemáticos[88] e, incluso, discutibles[89].

Por ello, se ha de prevenir que la labor del Alto Tribunal se encuentre enmarcada dentro de ciertas consideraciones que eviten su deslegitimación democrática y se encuentre premunida frente a los ataques del discurso iliberal o populista. Así, debe observarse que (i) el Tribunal

---

[84] P. Häberle, *op. cit*., p. 34.

[85] *Vid*., por ejemplo, el papel del Tribunal Constitucional español «en el desarrollo y concreción de la nueva estructura [territorial] del Estado» (Estado autonómico). G. Fernández Farreres, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 17-21.

[86] P. Nuevo López, «Reconocimiento de nuevos derechos: problemas constitucionales», *op. cit.*, pp. 160-164.

[87] *Ibid*., pp. 155-156. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los derechos destinados a brindar tutela frente a los nuevos desarrollos tecnológicos.

[88] A. Gómez Montoro, «Titularidad de derechos fundamentales», en M. Aragón, (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. iii, Madrid, Civitas, 2001, p. 128; asimismo, sobre interpretación y sustitución normativa, F. Simón Yarza, *Ley Natural y Realismo clásico. Una defensa*, Pamplona, Thomson Reuters, 2022, pp. 172-173. Además, Häberle realiza una advertencia sobre el funcionamiento político del Tribunal Constitucional (*op. cit*., pp. 20, 33-34) y Stern lo hace a propósito de las mutaciones constitucionales (*op. cit.*, pp. 132, 336-339).

[89] Esto ha sucedido, por ejemplo, de modo reciente en el ámbito español donde, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la ley que regula la eutanasia, el Tribunal Constitucional no solo confirmó la constitucionalidad sino incorporó el derecho a la eutanasia como derecho constitucional, parte del derecho a la autodeterminación (sentencia 19/2023 del 22 de marzo de 2023). *Vid*. las críticas de J. de Miguel Bárcena, «El Tribunal Constitucional y la eutanasia», *Diario El Mundo*, jueves 6 de abril de 2023, p. 17 y F. de Montalvo Jääskeläinen, «La peligrosa candidez del TC», *Diario ABC*, martes 9 de mayo de 2023. De igual forma, puede consultarse F. Simón Yarza, «El debate de los vientres de alquiler, los derechos humanos y el bien común», *Revista General de Derecho Constitucional,* Iustel, 2020, p. 22. Asimismo, Cartabia observa el riesgo de que se dé un cambio del paradigma de persona concebido en la Constitución. M. Cartabia, «La edad de los "nuevos derechos"», *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2011, p. 82.

Constitucional no se comporte como un «Tribunal de Escuela»[90] —lo cual tiene vedado al ser parte del conjunto de la *res publica* y por el necesario respeto de la triada que garantiza la Constitución (libertad plural, derechos fundamentales, separación de poderes y sistema republicano)—, que podría dar pie a críticas de direccionamiento totalitarista o adoctrinamiento de valores, imposición de un *ethos* que no subyace del texto constitucional o subversión de la lógica del sistema constitucional.

Lo dicho va acorde con el principio de mayoría sobre el cual se articula toda democracia constitucional y con el hecho que no sea el propio Tribunal Constitucional quien dé pie a aquellos reparos contra mayoritarios sobre los cuales se cimentó la creación de la jurisdicción constitucional. Esto cobra mayor coherencia, sobre todo en los Estados liberales que viven de presupuestos que no pueden crear[91], donde no ha de supra ponerse posiciones que no sean producto del más amplio debate y consenso social, más en temas de moralidad.

En ese sentido, por ejemplo, podría impulsarse que las decisiones del Alto Tribunal dialoguen con sus pronunciamientos previos, su jurisprudencia, como expresión de su institucionalidad[92], se tome en cuenta las delimitaciones institucionales derivadas del Estado constitucional y de la identidad particular del Estado (su estructura y forma política y el *ethos* del pueblo), así como, el resguardo de la dignidad humana.

Asimismo, (ii) debe incorporar el máximo respeto posible al *pluralismo democrático,* así como alejarse de absolutismos morales no contemplados institucionalmente en la Constitución como de liberalismos exacerbados, relativismos que desdibujen el consenso político fundamental de la comunidad; resguardando el «orden político que concibe el bien común no como una constante previamente determinada, sino como una tarea a acometer continuamente, y como resultado de la abierta y permanente controversia política. Por tal razón, y únicamente por ello, rechaza la democracia ideologías y proyectos totalitarios, que pretenden sustituir la apertura de la búsqueda del bien común por una

---

[90] Häberle indica que el Alto Tribunal, al ser parte del conjunto de la res publica, no puede estar atado a una teoría o escuela sino a una integración pragmática que conlleva de la jurisdicción constitucional un «compromiso con el modelo del pluralismo y en la exigencia de construir el Derecho procesal constitucional a la vista de los instrumentos pluralistas de información y participación». *Op. cit*., p. 20.

[91] E. Böckenförde, «The rise of the State as process of secularization», en *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, New York-Oxford, Berg Publishers, 1991, p. 45.

[92] Stern verá como necesaria la vinculación a la dogmática en tanto «impide concretamente en la aplicación judicial del derecho el descarrilamiento en el puro subjetivismo del intérprete». K. Stern, *op. cit*., pp. 164-165.

pretensión absoluta de verdad y dominación y aniquilar en su nombre la plural libertad de los ciudadanos»[93].

En ese sentido, se debe dejar un espacio para el ámbito de determinación democrática equilibrada que no caiga en los extremos en los que, de un lado, «se interprete demasiado rigurosamente el indispensable consenso fundamental acerca de los valores políticos básicos y las necesarias instituciones democráticas en la cotidianeidad jurídica de las autoridades, o que se le atribuyan concepciones axiológicas que correspondan exclusivamente a una de las diversas doctrinas o cosmovisiones políticas» o, de otro, «cuando se exagera —precisamente mediante medidas limitadoras de la libertad de expresión al servicio de la defensa del Estado y de la Constitución— la militante apertura del debate político. En tal circunstancia se ve amenazado no solo el Estado de Derecho protector del individuo, sino asimismo la condición e identidad de la democracia en libertad»[94].

Es decir, contrario a un pluralismo mal entendido, no se debe recaer en un supuesto donde se sea muy estricto o limitativo en el mínimo básico sobre los valores políticos y las instituciones democráticas o se le atribuya a una sola cosmovisión o, en el otro extremo, se sea muy amplio en la *militante apertura* del debate que termina minando el propio Estado de Derecho. Ni un absolutismo adoctrinante ni un relativismo que afecte el propio sistema pues, recordemos con Jellinek, «si se acepta como buena la doctrina de que la voluntad racional individual ha de ser el fundamento último de las instituciones sociales, resulta imposible la coacción jurídica, y lo que realmente aparece con este carácter es, lisa y llanamente, la fuerza»[95]. De ese modo, contrario al *modelo de intereses* propio del liberalismo anglosajón[96], «si el individualismo teórico se llevara en la práctica hasta sus últimas consecuencias, la vida en sociedad sería imposible»[97].

---

[93] E. Denninger, *op. cit*., p. 484.

[94] *Ibid.*, pp. 484-485.

[95] G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, F. de los Ríos (trad.), Buenos Aires, Albatros, 1954, libro II, capítulo VIII, p. 166.

[96] El modelo de intereses propio del liberalismo anglosajón nace de la legitimidad del egoísmo ciudadano y da por supuesto que el ejercicio del poder estatal en beneficio de cada individuo dará como resultado el interés general; sin embargo, la doctrina del interés bien entendida es la que describe Tocqueville cuando indica que «[los americanos] se complacen en demostrar que un sensato egoísmo les lleva sin cesar a ayudarse unos a otros y les predispone a sacrificar en bien del Estado una parte de su tiempo y de sus riquezas», donde, a decir de Isensee, el «bien común no es para los ciudadanos el fin subjetivo de su actuar, sino el efecto objetivo». *Vid*. P. Nuevo López, «Algunas paradojas del Estado constitucional y su emergencia en la actual crisis económica», Espíritu, Fundación Balmesiana, 2010, pp. 560-561.

[97] J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 240. Siguiendo a Gastón Abellán, parece ser que, como consecuencia del pluralismo, «Una aproximación completamente individualista a los derechos, cuyo contenido parece no depender de finalidad alguna sino exclusivamente de la estimación subjetiva del titular (presente o futuro), convierte la política en un campo de batalla por definir dichos derechos, y de este modo construir

Además, (iii) en sus decisiones se ha de contemplar consideraciones de *bien común*, en tanto condición necesaria para la realización del bien humano en la vida social[98], que de no darse no solo dificulta el florecimiento humano integral, sino que hasta los bienes humanos subordinados acaban peligrando en una comunidad disfuncional[99]; consideración que incluso comprendería las dos restricciones específicas anteriores.

Desde antiguo, se ha entendido que la organización del poder y, en particular, la vida en comunidad son elementos necesarios para el desarrollo integral de la persona: el hombre (*zoon politikon*) no puede conseguir su verdadero florecimiento de forma individual (*telos*), solo puede conseguir su propia realización integral en la comunidad política en la cual se constituye y aporta[100]. De ese modo, desde los autores clásicos de la Antigua Grecia[101], pasando por teóricos de hace más de cinco siglos atrás[102], se entiende que el orden comunitario ha de tender al *bien común* que —a diferencia de la concepción de los sofistas sobre el bien como solo de consecución individual y excluyente— es de carácter participativo e integrador y que permite las condiciones para el florecimiento humano; pero sin que la obtención del *bien común* justifique dañar el bien individual porque «El *telos* no es únicamente fin, sino también límite. Y el fin no justifica transgredir el límite, dado que la transgresión del límite frustraría precisamente el fin. El fin no justifica los medios, sino que excluye determinados medios», tomando

---

el significado de la Constitución material». Cfr. P. Nuevo López, «Algunas paradojas del Estado constitucional y su emergencia en la actual crisis económica», *op. cit*., p. 563.

[98] L. Sánchez Agesta, *Principios de Teoría Política*, 7.º ed., Madrid, Editora Nacional, 1983, pp. 80 y ss.

[99] C. Casey y A. Vermeule, «Myths of Common Good Constitutionalism», Harvard Journal of Law & Public Policy, Harvard University, 2022, p. 110.

[100] Cfr. Aristóteles, *Política*, 1252a, 1253a; F. Simón Yarza, *Entre el deseo y la razón*, *op. cit*., pp. 39-40.

[101] En el siglo iv a.C., Platón anotaba en La República que el gobierno ha de estar orientado en todo lo que resulte conveniente para los gobernados y, su discípulo Aristóteles precisa, teniéndose en cuenta el bien común (Política). En el siglo i a.C., ya en el ámbito romano, Cicerón manifiesta que es deber de justicia «usar los bienes comunes como comunes» y sirviendo al bien común, defendiendo intereses comunes y «el bien de todos» (*Sobre los Deberes*).

[102] En los siglos xvi y xvii, miembros de la Escuela de Salamanca como Francisco de Vitoria y Suárez expresan que el Estado, como corpus mysticum politicum, tiene por finalidad tender al bien común, que es lo que justifica la existencia de la comunidad política, el velar por el bien del conjunto de sus miembros como fin deseable en sí mismo (más allá del bien particular) de modo que «el bien común constituye un límite del poder político de enorme relevancia, al exigir que los actos y normas estatales se ajusten a una determinada concepción del bien entendida como objetiva, se dirijan a unos fines concretos que se desprenden de ella y sean en pro del conjunto de la comunidad y no sólo de algunos de sus miembros… es tanto un límite del poder político como un título que justifica su ejercicio sobre amplias esferas de la realidad». R. Boada Queralt, *Los límites al poder del Estado en el pensamiento de Francisco de Vitoria y Francisco Suárez*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2024, pp. 159 y ss; asimismo, *vid*., L. Sánchez Agesta, «Los orígenes de la Teoría del Estado en el pensamiento español del siglo xvi», *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1958, pp. 90-91, 95-97, 104-108.

en cuenta que «Así como el bien del todo redunda en el bien de la parte, sucede igualmente que el bien del todo depende del bien de la parte»[103].

Debe tenerse en cuenta que tanto los bienes particulares como los bienes humanos básicos (como la vida, salud o integridad corporal) únicamente pueden alcanzarse gracias al bien de vivir «en una comunidad política pacífica, justa y bien ordenada»[104]. Así, resulta importante que se incorpore dentro de las decisiones una noción de *bien común* que ilumine los fallos, pero no como una mera suma de individualidades sino como bien en pro de la comunidad que, considerando los más amplios ámbitos de libertad individual (*bien particular*), admite bienes sociales como plataforma para el bienestar y continuidad del espacio comunitario que permite el mayor desarrollo de las personas, como se ha entendido desde los antiguos y en las bases teóricas del propio Estado.

Estas consideraciones también podrían evitar los riesgos que Häberle observa en la jurisdicción constitucional cuando afirma que la «contribución a la constitución de la cultura política, oculta un aspecto negativo: la jurisdicción constitucional de la Ley Fundamental de Bonn también puede indicar una desconfianza apolítica contra la democracia y una confianza desproporcionadamente grande en la jurisprudencia […] la actual relación positiva con la jurisdicción constitucional no debería absolutizarse; no puede tener su correspondencia reversa, al otro lado del espejo, en una relación negativa con el pluralismo de intereses, con las (necesarias) situaciones delimitadas de conflicto, con las funciones propias del proceso político democrático abierto o recrudecerse en una falta de relación, como en las "bellas letras" […] ¡No sólo la jurisdicción constitucional, todos nosotros somos, políticamente, "guardianes de la Constitución"»[105].

Así, aun cuando la libertad individual es más amplia que la libertad de intervención estatal[106] y, en esa línea, el Estado tiene «una competencia limitada para realizar y garantizar el bien común»[107], los derechos deben corresponderse «con expectativas constitucionales derivadas de su ejercicio de acuerdo con el bien común. No significan un sistema predeterminado. Es más, se actualizan en cada circunstancia del espíritu común. En general este depende de que sus ciudadanos utilicen

---

[103] F. Simón Yarza, *Entre el deseo y la razón, op. cit*., p. 42.

[104] C. Casey y A. Vermeule, «Myths of Common Good Constitutionalism», *op. cit.,* pp. 114-115.

[105] P. Häberle, *op. cit*., p. 37.

[106] Puede consultarse las citas que se hacen de Schmitt e Isensee. *Vid*. P. Nuevo López, «Algunas paradojas del Estado constitucional y su emergencia en la actual crisis económica», *op. cit*., p. 558.

[107] J. Isensee, «Libertad ciudadana y virtud ciudadana», *Panorama de Filosofía Política,* Konrad Adenauer Stiftung, 2002, pp. 50-51.

las opciones de los derechos de una manera coherente y responsable con el bien común»[108] como exigencia en su ejercicio.

Una exigencia que, claro está, también es aplicable al actuar del Estado pues, como recuerda Simon, «Ciertamente en interés del bien común la Constitución presupone un buen funcionamiento de los poderes públicos. La Constitución quiere un Estado que no sea ingobernable y presupone –mencionándolas o sin hacerlo– circunstancias o condiciones que no pueden ser indiferentes para la interpretación constitucional. La Constitución y la Jurisdicción Constitucional responden sobre todo a la voluntad de moderar y limitar el poder y de garantizar los derechos humanos como base de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo»[109].

5. CONCLUSIONES

Dentro del Estado Constitucional de Derecho, se ha considerado necesaria la existencia de un órgano de garantía sin la cual la supremacía constitucional y la protección de los derechos e instituciones sería «jurídicamente imperfecta». Así, en muchos países, los Tribunales Constitucionales se han configurado como componentes fundamentales de la democracia constitucional; lo cual no ha evitado, o tal vez debido al importante rol que cumplen, que sufran los ataques de gobiernos populistas o iliberales.

Los Altos Tribunales han de garantizar el respeto de la Constitución, como documento de consenso donde se expresa la voluntad suprema de la comunidad política y se establece el orden fundamental que facilita la convivencia. Por ello, se dan distintas razones que pretenden sustentar la naturaleza política del Tribunal Constitucional: (i) el ser parte de la estructura del Estado y ser política toda la actividad estatal, (ii) el ejercer control sobre entidades de naturaleza política y (iii) el ser política la aplicación de la justicia y la naturaleza del Derecho constitucional.

Es innegable que, pese a los discursos iliberales o populistas, las decisiones de los Tribunales Constitucionales tienen un impacto y una *dimensión política derivada* de la propia naturaleza de la Constitución, sin que ello impida que, a partir de los márgenes delimitados y manteniendo la lógica y unidad del sistema, pueda realizar los desarrollos que se requieran para hacer operativo el texto constitucional.

Tal dimensión implica que los Tribunales Constitucionales, como garantes del máximo texto de consenso de la comunidad política

---

[108] *Ibid.*, p. 500.

[109] H. Simon, «La jurisdicción constitucional», *op. cit*., p. 848.

(expresión de la unidad y el pluralismo), han de cumplir una *función de integración* de la ciudadanía. Lo cual se traduce, a su vez, en una *función pedagógica y educadora* que genera un entendimiento común del núcleo de nuestros derechos y, además, legitima las instituciones del sistema y el propio rol del Alto Tribunal.

Aquella dimensión política se manifiesta, además, en la concreción de las cuestiones jurídico-constitucionales sometidas a su jurisdicción, a través del desarrollo de la teoría jurídica de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales, así como, de la emisión de directrices legislativas; cumpliendo un rol de verdadero árbitro de garantía constitucional.

No obstante, se plantean ciertas consideraciones que hagan frente a los embates de los discursos iliberales o populistas: (i) evitar comportamientos que constituyan configurarse como un *Tribunal de Escuela*, en donde el alto Tribunal dialogue con su propia jurisprudencia como expresión de institucionalidad y se atienda a elementos como la identidad Estatal; (ii) se incorpore elementos de *pluralismo democrático*, alejado de los extremos del absolutismo moral y el liberalismo exacerbado; y (iii) se contemple consideraciones de *bien común*, como condición necesaria para la realización y el florecimiento humano integral.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aguiar de Luque, L., «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho Político*, 18-19, 1983, pp. 17-30.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

— «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 2002, pp. 13-64.

Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Areilza, J. M., «Francisco Rubio Llorente: la Constitución vivida e interpretada», *Revista de Occidente*, 211, 1998, pp. 54-79.

Benda, E., «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en E. Benda, W. Maihofer, H-J. Vogel, K. Hesse y W. Heyde: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

Boada Queralt, R., *Los límites al poder del Estado en el pensamiento de Francisco de Vitoria y Francisco Suárez*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2024.

Böckenförde, E., *State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, New York-Oxford, Berg Publishers, 1991.

— *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

Bustamante Alarcón, R., *Entre la Moral, el Poder y el Derecho: Experiencias y reflexiones*, Lima, ARA Editores, 2006.

— «La edificación de la moral relevante para la política y el Derecho. Los aportes de las éticas deontológicas y las éticas comunicativas de raíz kantiana», *Derecho PUCP – Revista de la Facultad de Derecho*, 62, 2009, pp. 167-189.

Cartabia, M., «La edad de los "nuevos derechos"», *Revista de Derecho Político*, 81, 2011, pp. 61-99.

Casey, C., «Constitutional Design and the Point of Constitutional Law», *The American Journal of Jurisprudence*, 67 (2), 2022, pp. 173-197.

Casey, C. y Vermeule, A., «Myths of Common Good Constitutionalism», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 45 (1), 2022, pp. 103-144.

Castellà Andreu, J. M., «Prólogo», en D. Fernández Cañueto: *Representación política y Constitución española*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

— «La democracia según la Comisión de Venecia: pluralista, constitucional y representativa», en J. M. Castellà Andreu, M. Montobbio y S. Granata-Menghini (dirs.), *Estado de Derecho, democracia y globalización. Una aproximación a la Comisión de Venecia en su xxx aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022, pp. 245-272.

Canosa Usera, R., «La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional», *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), 67, 1990, pp. 125-152.

Cruz Villalón, P., «Constitución y cultura constitucional», *Revista de Occidente*, 211, 1998, pp.11-22.

Da Silva Moreira, P., *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019.

De Miguel Bárcena, J., «El Tribunal Constitucional y la eutanasia», Diario *El Mundo*, 6 de abril de 2023, p. 17.

De Miguel Bárcena, J. y Tajadura Tejada, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo editores, 2018.

De Montalvo Jääskeläinen, F., «La peligrosa candidez del TC», Diario *ABC*, 9 de mayo de 2023.

Denninger, E., «Democracia militante y defensa de la Constitución», en E. Benda, W. Maihofer, H-J. Vogel, K. Hesse y W. Heyde: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 445-485.

Favoreau, L., *et al*., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Fernández Farreres, G., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid, Iustel, 2005.

Fernández Segado, F., «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 1993, pp. 195-247.

García Amado, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

García-Pelayo, M., «El "status" del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1 (1), 1981, pp. 11-34.

— *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

Gómez Montoro, Á., «Titularidad de derechos fundamentales», en M. Aragón (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. iii, Madrid, Civitas, 2001.

González Encinar, J. J., «Sobre el Derecho y el Estado. Conversación con el Profesor Ernst-Wolfgang Böckenförde», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 7, 1995, pp. 7-32.
Häberle, P., «El Tribunal Constitucional como poder político», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 125, 2004, pp. 9-37.
Isensee, J., «Libertad ciudadana y virtud ciudadana», *Panorama de Filosofía Política*, Konrad Adenauer Stiftung, 2002.
Jellinek, G., *Teoría General del Estado,* F. de los Ríos (trad.), Buenos Aires, Albatros, 1954.
Kelsen, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 2011, pp. 249-300.
— *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la segunda versión en alemán de R. J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
— *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
— «Foundations of Democracy», *Ethics*, 66 (1), parte ii, 1955, pp. 1-101.
Lucas Verdú, P., «Conciencia y sentimientos constitucionales (examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política)», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 9, 1997, pp. 53-70.
Nuevo López, P., *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, La Coruña, Netbiblo Editorial, 2009.
— «Algunas paradojas del Estado constitucional y su emergencia en la actual crisis económica», *Espíritu*, 140, 2010, pp. 557-567.
— «Reforma constitucional y reforma del Estado autonómico», *Revista de Estudios Políticos*, 182, 2018, pp. 281-296.
— «Reconocimiento de nuevos derechos: problemas constitucionales», en R. Tur Asina (coord.): *Sujetos, derechos y lealtad constitucional*, Pamplona, Thomson Reuters, 2022, pp. 155-167.
Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
Pizzorusso, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, vol. i, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
Rubio Llorente, F., «Derecho constitucional», en M. Aragón (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, t. i, Madrid, Civitas, 2001.
— «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», en J. L. Requejo Pagés (coord.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, *Fundamentos*, 4, 2006, pp. 203-233.
Ruiz Miguel, C., «El constitucionalismo cultural», *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 9, 2003, pp. 201-216.
Sánchez Agesta, L., «Los orígenes de la Teoría del Estado en el pensamiento español del siglo xvi», *Revista de Estudios Políticos*, 98, 1958, pp. 85-109.
— *Principios de Teoría Política*, 7.º ed., Madrid, Editora Nacional, 1983.
Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
Simon, H., «La jurisdicción constitucional», en E. Benda, W. Maihofer, H-J. Vogel, K. Hesse y W. Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 823-860.
Simón Yarza, F., *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

— «El debate de los vientres de alquiler, los derechos humanos y el bien común», *Revista General de Derecho Constitucional*, 31, 2020.
— *Ley Natural y Realismo clásico. Una defensa*, Pamplona, Thomson Reuters, 2022.
Starck, C., «Consenso fundamental nacional y Tribunales Constitucionales (Una reflexión jurídica comparada)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 2004, pp. 539-556.
Stern, K., *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
Tajadura Tejada, J., *El Preámbulo constitucional*, Granada, Comares, 1997.
— «La Constitución cultural», *Revista de Derecho Político*, 43, 1998, pp. 97-134.
— *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2018.
Tomás y Valiente, F., «La Constitución y el Tribunal Constitucional», en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *et. al*. (coord.), *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

CAPÍTULO XV

LAS AUTONOMÍAS COMO CONTRAPODERES: HACIA UN ESTADO AUTONÓMICO AGONAL

M.ª Esther Seijas Villadangos
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de León

1. CONTRAPODER Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS. DEL «*CHECKS AND BALANCES*» (FRENOS Y CONTRAPESOS) AL «*THE TUG OF WAR*» (TIRA Y AFLOJA) EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO DESCENTRALIZADO

El Estado de las Autonomías nunca ha sido un remanso de paz. En primer lugar, su construcción se erigió sobre arenas movedizas y en su andadura ha habido muchas presiones, siendo especialmente relevantes las tendencias centrífugas que han proyectado deseos rupturistas. Dada su constancia, se ha asumido anómalamente que es un dato singularizante de nuestro sistema de las autonomías. Sobre esta situación, hemos buscado proyectar una dosis de normalización de la mano de fórmulas descritas como «federalismo resiliente»[1]. Lo que ahora ocupa nuestra atención, pese a no ser enteramente novedoso en su factura, pero sí en la intensidad y virulencia con la que se manifiesta en los últimos años, es la conversión de las *Comunidades autónomas en contrapoderes del*

[1] E. Seijas Villadangos, «Federalismo resiliente: vanguardia y retaguardia de una nueva organización territorial del Estado español», en G. Ruiz-rico Ruiz, A. Porras Nadales, M. Revenga Sánchez, *Regeneración democrática y reforma constitucional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 305-344.

Estado, en su acepción de enemigas de su concepción como órgano Estado central, al que se enfrentan, cuestionan y buscan anular o dominar, a la par que promueven alianzas y enfrentamientos con otras Autonomías, frente a ese enemigo común. Hemos de reconocer que es una mutación desviada de la acepción positiva de contrapoder, de cuña liberal[2], que se idealiza en *El Federalista* desde «la concepción madisoniana del federalismo como sistema de autorrefuerzo, basada en checks and balances, competición y control electoral, entre los diferentes ámbitos del sistema (parlamentario) multinivel (*El Federalista,* núm. 62) y opinión pública vigilante (control popular)»[3]. Así, Madison consideraba que «un buen gobierno implica dos cosas: la primera, la fidelidad al objeto del gobierno, que es la felicidad del pueblo; en segundo lugar, un conocimiento de los medios por los cuales se puede lograr mejor ese objeto», medios entre los que hay que contar con que «ninguna ley o resolución puede aprobarse ahora sin la concurrencia, primero, de la mayoría del pueblo, y luego, de la mayoría de los Estados», debiendo reconocerse que «este complicado control de la legislación puede, en algunos casos, ser tanto perjudicial como beneficioso» *(El Federalista* núm. 62). En este trabajo pincelaremos ambos flancos.

1.1. El rol territorial en la función de contrapoder

El término contrapoder se define en el *Diccionario de la RAE* como «un poder que intenta contrarrestar al poder establecido». Ese significante compuesto puede desagregarse en una relación de equilibrio de «poder-contra-poder». Esto es, se podría proyectar sobre una relación simétrica de los actores o contendientes, tributaria de una concepción de la política como espacio de integración y que derivaría de una relación diádica de oposición sobre la que se irían gestando nuevas formas de articular el poder.

Pero, ¿qué ocurre si no se está en ese plano de igualdad? Surge así un nuevo término que se identifica como «antipoder». El «antipoder» se proyecta en un entorno asimétrico, entre quien ostentaría el poder y quien ejerce ese «antipoder», esa oposición o esa lucha[4]. Esta segunda acepción de contrapoder priorizaría la faceta de confrontación, de continua negación del otro, que se concibe como adversario.

El significante contrapoder se ha insertado en el discurso político, en los trabajos académicos, particularmente en los constitucionales,

---

[2] J.M. Castellá Andreu, *Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2018.

[3] R. Máiz, «*Dividing sovereignty*: federalismo y republicanismo en la teoría política de james madison», en *REAF* núm. 19, abril 2014, pp. 11-66, p. 61.

[4] J. Holloway, «Doce tesis sobre el antipoder», en E. Fontana *et al.* (comp.), *Contrapoder. Una introducción,* Buenos Aires, Ediciones de Mano en mano, 2001, pp. 73-82, p. 77.

y tímidamente en la jurisprudencia[5]. En la concepción constitucional del Estado la representación política se articula como un elemento de contrapoder[6]. En el derecho parlamentario se ha procedido a describir la situación derivada del pluripartidismo imperfecto en la que nos encontramos, concretamente la relación entre los órganos de la Cámara baja, a partir de esa expresión: «la erección de la Mesa como un contrapoder del Pleno en el Congreso, al albergar ambos órganos distintas mayorías»[7].

En sus usos primaría una acepción más benévola de contrapoder, el sistema de *checks and balances,* y que buscaría una ideal forma participada, integradora, de hacer política y gestar derechos. Esta práctica la podríamos remitir a un estudio de la articulación de las relaciones intergubernamentales de la mano de patrones de federalismo legislativo y ejecutivo, que partirían de verificar el papel de las comunidades autónomas como impulsoras del proceso legislativo, pero sobre todo como laboratorios donde gestar políticas públicas o de frenar las adoptadas por el Estado.

Un ejemplo de la primera de estas posiciones nos lleva a la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación,* que es un espejo de la Ley 19/2020, de 30 de diciembre, *de igualdad de trato y no discriminación* de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Competencialmente, parecería una quiebra del esquema temporal por el que primero esperamos las bases y, posteriormente, el desarrollo autonómico de las mismas. Materialmente, la ley catalana es el referente inspirador e impulsor de la ley estatal, adelantando la naturaleza transversal e integral con la que se ha regulado la protección de la igualdad y la interdicción de la discriminación.

La segunda manifestación de contrapoder autonómico como freno estatal, primero, y como inspirador, posteriormente, tiene como referente el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*. Comunidades Autónomas como Andalucía, Asturias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura o País Vasco protagonizaron este supuesto. Por ejemplo,

---

[5] El Tribunal Constitucional apela a ese recurso para describir el rol de los sindicatos, «los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores» (SSTC 3/2006, de 16 de enero, FJ 6, 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4 y 94/1995, de 19 de junio, FJ 5).

[6] E. Martín Núñez, «La configuración jurisprudencial de la representación política como derecho fundamental. Un elemento de contrapoder», en J. Tudela Aranda, (coord.), *Libro Blanco sobre la calidad democrática en España,* Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 175-188.

[7] E. Aja y J. García Roca, «Valoración general del Estado Autonómico en 2018». Referido en la p. 15, se explicita cómo se ha implementado dicho contrapoder, mediante el tradicional expediente de la prórroga del plazo de presentación de enmiendas, conforme al art. 133.2 del Reglamento del Congreso, lo que se califica como «Fraude al Reglamento y rodeo a la Constitución». (*http://idpbarcelona.net/*).

en la Comunidad del País Vasco, el Consejo de Gobierno aprueba el Decreto 114/2012, de 26 de junio, *sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, por el que se amplía la cobertura sanitaria a las personas que habían sido excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012. Así, el art. 2.2 establece que aquellas personas que dispusieran de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, recibirán las mismas prestaciones sanitarias que las que tuvieran la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Esa vía, de contrapoder, se seguiría por otras Comunidades autónomas, siendo objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, vía interposición de un recurso de inconstitucionalidad, como en el caso de la Comunidad Foral Navarra, consecuencia del rango de Ley de la norma objeto de cuestionamiento, Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, *por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra* (STC 17/2018, de 22 de febrero); respecto al Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat Valenciana, *por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana* (STC 145/2017, de 14 de diciembre) o respecto a la Ley 7/2016, de 21 de julio, *de medidas extraordinarias contra la exclusión social*, de la Comunidad Autónoma de Extremadura (STC 2/2018, de 11 de enero) o vía conflicto positivo de competencias, consecuencia del rango infralegal de su objeto, con respecto al mencionado Decreto 114/2012, de 26 de junio*, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud* en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi (STC 134/2017, de 16 de noviembre). La cuestión sustantiva redundaba en dilucidar la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud para, a partir de ahí, abordar la cuestión de la plenitud o no de la universalidad como atributo del mismo. El primer paso que afronta el Tribunal Constitucional es delimitar competencialmente la cuestión. La solución se alcanza señalando la condición formal y materialmente básica de la misma, lo que supone afirmar la exclusiva competencia estatal y, por consiguiente, cerrar «toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases» (SSTC 134/2017, FJ 5 y 145/2017, FJ 2), bases precisamente establecidas por la redacción del art. 3 de Ley 16/2003, de 28 de mayo, d*e cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud,* modificado por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*. A partir de ahí, la contradicción de ambos preceptos deriva en considerar que la al extender la cobertura sanitaria de los titulares de tarjeta sani-

taria individual del Sistema Nacional de Salud resulta incompatible con la regulación estatal (STC 17/2018, de 22 de febrero, FJ 4). El punto de inflexión, que materializa esta conceptualización como contrapoder de las autonomías, se alcanza desde la recuperación de la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todas las personas de la mano, del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, *sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud*, donde se establece que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española y que las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial, considerando vulnerado y desvirtuado tal derecho por la legislación anterior (Real Decreto Ley 16/2012). En este caso, las Comunidades autónomas hicieron de su rebeldía una implementación de su rol de contrapoderes, una clara antesala de un avance legislativo, que refuerza su legitimidad no solo en el respaldo democrático sincrónico a su aprobación, sino en la legitimidad territorial con la que vino avalada y anticipada.

En este caso se evidenció el fracaso del concepto de una forma territorial «suma cero», donde el ganador se lo lleva todo. De ese modo el ganador, el Estado, sí pudo inicialmente aprobar una regulación restringida de la universalidad asistencial de nuestro Sistema Nacional de Salud, que fue cuestionada desde las autonomías, teniendo que esperar a una nueva coyuntura política para salir adelante.

Desde este supuesto concreto podemos desgranar dos características de la concepción de las autonomías como contrapoderes, una positiva y otra negativa. En términos positivos, el sistema de frenos y contrapesos territorial realiza una apuesta en pro de la priorización de los derechos individuales. En un sentido negativo, este sistema territorial de frenos y contrapesos hace más complicado a los ciudadanos identificar quién es el verdadero responsable de las decisiones.

El Tribunal Constitucional por su parte ha habilitado un exiguo papel a las comunidades autónomas para el ejercicio constructivo de esa función de frenos y contrapesos por parte de las autonomías, acotándolo a las relaciones entre los poderes (forma de gobierno), en una acepción horizontal. Así, asumiendo la esencialidad para la democracia de esta función de contrapoder que entronca con la misma idea de Constitución, «el concepto de Constitución democrática va ineludiblemente ligado a la existencia de un régimen de *checks and balances* (pesos y contrapesos) entre los diferentes poderes del Estado. La Constitución es norma y no pura entelequia, solo en la medida en que exista control de la actividad estatal y en tanto que el sistema de control entre los po-

deres del Estado forme parte del propio concepto de Constitución» (STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 4), parece excluir a las comunidades autónomas de su implementación, «el principio de separación de poderes se completa por la Constitución de 1978 con diversos mecanismos de frenos y contrapesos, así como mediante la distribución territorial del poder y la creación de nuevos órganos constitucionales, en particular el Tribunal Constitucional» (STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 5), aunque sí parece entenderlo como un elemento complementario a la separación de poderes. De hecho, en la andadura inicial del Tribunal, parecía entreverse desconfiadamente que ante una pérdida de control frente a la evolución del principio de autonomía, siempre cabría pensar en un contrapeso a la misma desde las propias Cortes Generales (STC 100/1984, de 8 de noviembre, FJ 3, sobre la incorporación de Segovia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, con Tomás y Valiente como ponente).

En cualquier caso, la consecuencia del comportamiento de las autonomías como «*checks and balances*» ha de derivar en la potenciación de la sinergia colaboradora entre Estado y comunidades autónomas, algo que se mueve en el terreno del deber ser, pero que se topa con algunos comportamientos disruptivos, prueba de la mutación con esta acepción territorial de contrapoder, deviene en antipoder. De este modo, no es esta la implementación del término que monopoliza la vida político territorial española en la actualidad, sino la primera, la más combativa y ácida, es la que parece primar y a la que aludiremos desde la expresión «*the tug of war*» (tira y afloja)[8].

1.2. Contexto populista para la mutación de la función autonómica de contrapoder

Castells describía el contrapoder como «la capacidad de un actor social de resistirse y desafiar a las relaciones de poder institucionalizadas»[9]. Esa definición se completa, adoptando una estructura trimembre de la mano de Toni Negri, quien afirma que cuando se habla de contrapoder, en realidad se está hablando de tres cosas: «de resistencia contra el viejo poder, de insurrección y de potencia constituyente de un nuevo poder», una figura trinitaria de una única esencia del contrapoder[10]. Negri amplía la terminología incorporando la expresión «contragobierno», que, con una vocación de desestabilizar, comple-

[8] E. Ryan, «Federalism and the Tug of War Within: Seeking Checks and Balance in the Interjurisdictional Gray Area», 66 *Md. L. Rev*. 503 (2007), pp. 503-667.

[9] M. Castells, «Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad red (I). Los medios y la política», en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 74, 2008, pp. 13-24, *on line* 1-15, p. 2.

[10] T. Negri, «Contrapoder», en E. Fontana *et al*. (comp.), *Contrapoder. Una introducción*, *op. cit*., pp. 83-92, p. 92.

mentaría el trabajo «desestructurante» que ejecutaría un contrapoder. El término contrapoder tiene su propia dogmática que se remonta a la construcción teórica marxista, de la mano del propio Marx, de Lenin y de Rosa Luxemburgo.

Trasladar este discurso a la forma territorial del Estado español, de una forma muy estricta y conectada a la terminología usada, nos lleva más allá del propio enfoque autonómico de pulso entre centro y periferia a rastrear cómo se ha incorporado la expresión contrapoder al pensamiento territorial. Con ese objetivo hallamos un referente muy sugerente, que se remonta a 1984 y a la figura de Jordi Pujol. En una entrevista fechada el 14 de febrero de ese año, el entonces Presidente de la Generalitat identificaba la autonomía con un «contrapoder», si bien apelaba a su superación por un sistema político más amplio, presidido por la Generalitat[11]. A partir de ahí, la expresión contrapoder vinculada a las autonomías se ha asentado en su análisis periodístico[12] y académico[13]. Igualmente, es preciso completar que su uso no solo se ha focalizado en esa dimensión de confrontación, sino que la doctrina también ha optado por decantarse del lado de su dimensión más positiva y constructiva, considerando la descentralización política como «un contrapoder político», que se conectaría a «los mecanismos de participación y colaboración de las Comunidades autónomas en las decisiones del Estado», especialmente concretado a través de los diferentes instrumentos de cooperación intergubernamental[14].

En esta reflexión sobre lo que concebimos como una deconstrucción del Estado autonómico, fruto de la actuación disruptiva de ciertas autonomías y de sus líderes, apuntaremos dos referentes teóricos para su sustento. Por un lado, de la mano del reduccionismo schmittiano, hablaremos de la dialéctica amigo-enemigo como marco para la con-

---

[11] M. Rivére, *Entrevistas. Diálogos con la política, la cultura y el poder,* Barcelona, Ediciones de la UB, 2013, p. 68. La contextualización de esta afirmación parte del análisis de la autonomía en los cuatro años de su existencia, desde una potenciación por la Administración central de los contrapesos a los poderes autonómicos y del riesgo de convertir a las autonomías en «un contrapoder», opción que rechaza para posicionarse por su concepción como un sistema político más amplio. Es decir, las Comunidades Autónomas no deberían limitarse a ser esos contrapoderes, sino que deberían optar por una conceptualización más completa y compleja, no solo reactiva.

[12] J. R. Rallo, «Las autonomías: un contrapoder para la derecha», *https://blogs.elconfidencial.com/*

[13] *E.g.* F. Molina, «El camino de la secesión. Nacionalización de masas e independentismo, 1995-2017», pp. 255- 293, en I. Sepúlveda Muñoz, (ed.), *Nación y nacionalismos en la España de las autonomías,* Madrid, *BOE-CEPC*, 2018, p. 276, referida al contrapoder popular que se vincula a la CUP y que se proyecta a la autonomía.

[14] J. M. Castellá Andreu, «Comparecencia Comisión para la Evaluación y la modernización del Estado autonómico», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados,* Sesión de 19 de febrero de 2019, p. 17. A esa dimensión integradora de los contrapoderes hemos dedicado el trabajo: E. Seijas Villadangos, *Estrategias participativas para la resolución extrajudicial de conflictos territoriales en los Estados compuestos: Estudio comparado (Canadá, Estados Unidos y España),* Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2018.

ceptualización política de los Estados. Por otro, nos haremos eco de la inquietante conexión entre populismo y contrapoderes, cuyo referente lo hallamos en los códigos del filósofo mexicano Joaquín Sánchez MacGrégror, construidos igualmente sobre una base dialéctica, poder/contrapoder, avivada en lo que llevamos de siglo y que se considera como una tendencia anexa a las manifestaciones del comportamiento de las autonomías como contrapoderes.

1.2.1. Carl Schmitt y el concepto de lo político: la dialéctica amigo-enemigo.

La Constitución, según Schmitt, se concibe desde dos componentes básicos, uno el jurídico-garantista y otro, su dimensión político-democrática. Pero, ¿cuál es esa conexión? Para Schmitt el sustento del Estado radica en un principio que es una decisión, una decisión política[15]. La articulación de esa decisión es una consecuencia de una contradicción entre posicionamientos diferentes, antagónicos, es decir, sería la base de esa decisión. Una vez consolidado el Estado, la relación amigo-enemigo no se extingue y coexiste con su organización. Es decir, la dialéctica amigo-enemigo está en el origen y en la continuidad del Estado, pero lo que nos planteamos ahora es si dicha tensión puede precipitar su fin. La Constitución es la herramienta a la que se recurre para la articulación racional y estable de este proceso.

El potencial más inquietante de esa pugna deviene de algunos factores a considerar. Así, la hipertrofia de los antagonismos deviene en un desplazamiento de la capacidad integradora del Estado y de la Constitución, por esos enfrentamientos, que derivan en confrontaciones y que parecen retroalimentarse, agotando sus objetivos en la mera rivalidad. Otro riesgo a considerar es la contaminación. Si la dialéctica amigo-enemigo se focaliza en el ámbito público y político, su confusión con propuestas económicas, posicionamientos morales, sentimientos privados o incluso ficciones metafóricas, le aleja del sentido concreto y público de ese enfrentamiento. Esa falta de precisión, el trazar un perfil difuso al enfrentamiento impide su clarificación y su resolución. Poco ayuda la traslación del escenario de ese conflicto a los medios de comunicación y redes sociales, desplazando el foro de su resolución de los espacios verdaderamente público-democráticos. «Aquí, cualquier intento de encuadrar algo científicamente resulta sin más absurdo»[16]. Los enemigos pueden existir, pero también pueden crearse. Fruto de esa imaginación, es su ulterior conversión en enemigos reales. Los motivos son varios e inabarcables, pero uno habitual sería desviar la atención

[15] R. Agapito, «Introducción», en C. Schmitt, *El concepto de lo político,* Madrid, Alianza, 1987, p. 26.

[16] C. Schmitt, *El concepto de lo político*, *op. cit.,* p. 46.

de problemas político-jurídico reales, para trasladarse a ese entorno virtual que, no olvidemos, puede posteriormente materializarse en una real confrontación virulenta. La normalización de esos enfrentamientos es la consolidación de una anomalía en la concepción del Estado.

1.2.2. El código populista del contrapoder adaptado a las formas territoriales descentralizadas

Un invitado, no esperado, empieza a cobrar un protagonismo inquietante en el diseño y concepción de los Estados constitucionales: el populismo. El acercamiento al populismo puede ser desde dos aproximaciones: una casuística-personalista y otra académica. La primera, más coloquial y divulgativa, propia de los medios de comunicación, se aplica a regímenes con líderes carismáticos, que se identifican con una retórica en la que se erigen como la voz del pueblo, frente a unas élites a las que presumen de haber derrotado o que prevén desbancar y que en este caso se ubican en las instituciones centrales, aunque también —en una proyección horizontal— en otras autonomías. La aproximación académica, busca un objetivo más técnico y definitorio, parte de la constatación de una dicotomía social, antagónica, entre el pueblo y una élite. Una descripción inicial, nos lleva a identificar el populismo como «un movimiento político marcado por el antielitismo, antipluralismo y una apelación moralmente acentuada para conocer o personificar los intereses del pueblo verdadero, del auténtico pueblo»[17].

Asumiendo que cada referencia a populismo que podamos realizar tiene unas connotaciones específicas y no trasladables a otra realidad, no obstante, hemos de convenir que hay unos factores contextualizadores[18] que evidencian unas circunstancias proclives o compartidas en la gestación de movimientos populistas o pseudo-populistas.

El primero de ellos es la polarización. La fragmentación y radicalización del espacio público dificulta, cuando no resulta absolutamente impeditivo, la realización de la función constitucional de ordenación global de la sociedad y la articulación de los espacios necesarios para el consenso. Recuerda Krauze, las palabras de Aristófanes, al presentar a los demagogos como «los pescadores de anguilas; en aguas quietas no atrapan nada, pero si remueven el cieno su pesca es buena; del mismo modo, es solo en tiempos turbulentos que ustedes se llenan los bolsillos»[19].

Una segunda coordenada se fija en la concienciación de que nos hallamos en un nuevo escenario para el Derecho constitucional, marcado

---

[17] J. Müller, *What is populism?,* Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016, p. 33.

[18] F. Balaguer Callejón, «Interpretación constitucional y populismo», *ReDCE,* núm. 33, enero-junio, pp. 4-5.

[19] E. Krauze, *El pueblo soy yo*, Barcelona, Debate, 2020, pp. 262-263.

por un tiempo que se mide en zeptosegundos, la unidad de tiempo más corta jamás registrada, y que nos lleva a hablar de la necesidad de un Derecho supersónico. El Derecho constitucional de nuestros días es un Derecho de espacios múltiples e interconectados entre sí, incluso a nivel intraestatal. Los atributos de la realidad a regular son la impaciencia y la ubicuidad. Un Derecho constitucional aferrado a los espacios y tiempos en los que se ha gestado va a mostrar todas sus flaquezas, a la par que todas las amenazas al mismo, particularmente las populistas, se van a ver empoderadas.

El populismo puede llenarse de contenido al gusto, una especie de traje que se adapta a todos los cuerpos. Esa circunstancia se explicaría porque el populismo se articula como un «modus de activismo político», carente *per se* de un contenido sustantivo. Esa dotación material puede tener su origen en el neoliberalismo, en el nacionalismo o en diferencias en el desfasado espectro ideológico izquierda-derecha. Lo importante es tener ese elemento reactivo, anti-, frente al que se retroalimenta y fortalece.

Entre la amplia y variada taxonomía de populismos hallamos un dilema que enfrenta a los populismos globalistas y cosmopolitas *versus* los populismos localistas y nacionalistas[20], centrados respectivamente en ensalzar los valores de la internacionalización o de los territorios más cercanos al ciudadano, con el consiguiente rechazo de la otra dimensión social que se excluye como incompatible con esa fijación en su objetivo inmediato, especialmente fanático en los componentes nacionalistas. Esta dicotomía, a escala estatal es la que va a marcar la concepción de las autonomías como contrapoderes. Los populismos estatales que abogan por la supresión de las autonomías versus los populismos autonómicos que buscan presentar a su Comunidad autónoma como la víctima de todos los males de la centralización o de la preeminencia de otra Comunidad autónoma.

2. LAS MANIFESTACIONES. PROYECCIÓN TRIDIMENSIONAL DE LA CONSIDERACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS COMO CONTRAPODERES

Tres perspectivas van a ilustrar la percepción como contrapoderes de las autonomías: la normativa, la jurisdiccional y la política.

---

[20] K. Scheppele, «The Party's Over», en M. Graber, S. Levinson y M. Tushnet (eds.), *Constitutional democracy in crisis*?, London, Oxford University Press, 2018, pp. 500-525.

2.1. Eje normativo: la ley del mínimo y del máximo (*lex meiore*); el no acatamiento por elusión (*lex fugit*) o el paralelismo normativo *(lex repetitae*)

Los boletines oficiales de cada Autonomía se han convertido en crisoles privilegiados donde se han evidenciado esas posiciones antagónicas y contestatarias que materializan el rol de contrapoder. Un repaso por esas publicaciones nos lleva a afrontar una imprecisa clasificación de las aptitudes normativas autonómicas como contrapoderes, a partir de los siguientes patrones: la ley del mínimo y del máximo (*lex meiore*); el no acatamiento por elusión (*lex fugit*) o el paralelismo normativo (*lex repetitae*). Contrapoder territorial por mejora, por elusión o por repetición.

Desde parámetros ecológicos, la *ley del mínimo y el máximo* aglutinaría aquel corpus normativo autonómico en el que, aprovechando los márgenes competenciales autonómicos, los legisladores territoriales han recurrido a exprimirlos de modo reivindicativo, buscando evidenciar su voluntad diferenciadora respecto a los referentes estatales. El ejemplo desde el que hemos extrapolado este patrón se vincula a las competencias autonómicas en materia tributaria. Las Comunidades autónomas ostentan plenamente la potestad normativa en aquellos tributos que tienen cedidos,—como sucesiones o donaciones y patrimonio— lo que les faculta la posibilidad de modificar los tipos y de aplicar las deducciones y bonificaciones que estimen. Ese monopolio competencial también se proyecta sobre los impuestos propios, a partir de los condicionantes recogidos en la LOFCA (Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, LO 8/1980, de 22 de septiembre), especialmente en su reforma de 2009[21].

En el impuesto de sucesiones y donaciones «predominan las medidas tendentes a modificar las reducciones establecidas en la normativa estatal»[22]. La mayoría de las autonomías han tendido a una desfiscalización del impuesto mediante reducciones propias aplicables en la base imponible, coeficientes multiplicadores y deducciones y bonificaciones en la cuota. A ello han agregado la regulación de una tarifa de gravamen específica para favorecer a un determinado grupo de sujetos. Eso

[21] Esas limitaciones se podrían circunscribir a las siguientes: la prohibición de establecer tributos sobre hechos ya gravados por las Corporaciones Locales; la vinculación estricta del gravamen a negocios, actos o hechos producidos en su respectiva Comunidad Autónoma; la interdicción de que se conciban como un obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías o servicios y de afectar a hechos imponibles ya gravados por el Estado.

[22] *Libro Electrónico de la Tributación autonómica 2021*, actualizado a enero de 2022, p. 12. *https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FinanciacionTerritorial/Autonomica/Capitulo-I-Tributacion-Autonomica-2021.pdf* (Última consulta realizada el 4 de junio de 2023)

ha llevado a que en Comunidades como Cantabria se haya producido una supresión total del tributo.

El adalid de esta presentación como contrapoderes en el ámbito fiscal se centra en los impuestos propios. Convienen los expertos en que, desde una óptica contable, los impuestos propios tienen una escasa relevancia por aportar «una recaudación exigua a las arcas autonómicas en la mayoría de los casos»[23]. Frente a esa faceta económica, objetivamente irrelevante, política y judicialmente se han convertido en un campo de minas ideal para el conflicto. Cataluña ha sido la Comunidad autónoma más activa a la hora de afrontar la creación de tributos propios, anulada no obstante por el ruido político que de la mano de los impuestos propios se ha emitido desde la Comunidad madrileña.

Dos apuntes previos resultan oportunos. El primero, la creación de estos tributos propios no desplaza la originaria potestad estatal para crear impuestos sobre un mismo hecho imponible, si bien lleva aparejada una exigencia de compensación económica y de coordinación. En segundo lugar, los ámbitos materiales de estos impuestos se han circunscrito al juego y el bingo; los depósitos bancarios; la utilización de bolsas de plástico; las grandes superficies comerciales; tierras infrautilizadas; aprovechamientos cinegéticos; estancias turísticas, viviendas vacías e inmuebles en estado de abandono; bebidas azucaradas o el amplio elenco de aspectos que podríamos aglutinar bajo la genérica expresión de «impuestos verdes o ecológicos». Sobre estos dos datos, hemos de proyectar que las autonomías han visto en los tributos propios el lienzo perfecto para imprimir sus diferencias, la autopista más veloz para lanzarse a la loca carrera de quien grava primero un hecho imponible con el fin «de impedir que lo hiciese el otro o de reclamar una compensación por su supresión»[24] o de adelantarse a la inacción del Estado en determinados ámbitos, como el medioambiental. Por ello podemos comprender el poco interés en seguir la recomendación de habilitar un patrón común para el establecimiento de estos tributos que graven un mismo hecho imponible, una mayor coordinación, incluso aportando el referente orgánico para su canalización, vía una comisión normativa dependiente del Consejo de Política Fiscal y Financiera[25].

En 2021, Cataluña lideraba el ranking de Autonomías con tributos propios con 19, cuatro de los cuales han sido declarados inconstitucionales (*e.g.* Impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito,

---

[23] REAF. Asesores fiscales-Economistas Consejo General, *Panorama de la Fiscalidad Autonómica y Foral 2021,* marzo 2021. *https://blog.economistas.es/panoramafiscalidad2021/.* (Última consultas realizada el 4 de junio de 2023)

[24] *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del modelo de financiación autonómica,* julio 2017, p. 59. *https://www.hacienda.gob.es/*

[25] Tanto desde el *Informe de la Comisión de Expertos* (p. 59, §42) o el trabajo de REAF, p. 371.

STC 107/2015, FJ 3, por no haber establecido su creación mediante una Ley del Parlamento, y sí mediante un Decreto-Ley; STC 111/2015, FJ 3, porque una vez formalizado como Ley, el impuesto autonómico coincidía con el homónimo estatal; STC 74/2016, FJ 4, en lo que se refiere al impuesto sobre la producción de energía eléctrica de origen nuclear, por su equivalencia con un tributo estatal; STC 94/2017, FJ 9 que establece que el impuesto catalán sobre la provisión de contenidos por parte de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas es nulo al presentar una identidad entre su hecho imponible y el del IVA o STC 43/2019, FJ 5c que establece la nulidad de los preceptos legales que regulan el impuesto catalán sobre el riesgo medioambiental de la producción, manipulación y transporte, custodia y emisión de elementos radiotóxicos).

Con todo, ha sido Madrid quien ha magnificado su posición respecto a los tributos propios. La Exposición de Motivos de la Ley 3/2021, de 22 de diciembre, de Supresión de impuestos propios de la Comunidad de Madrid y del recargo sobre el Impuesto de Actividades Económicas, es un auténtico manifiesto ideológico y ejemplo insigne de reificación de una autonomía contrapoder. En la línea argumental de la aportación de la Comunidad de Madrid al Comité de personas expertas para la elaboración de la reforma del Libro blanco de la reforma tributaria del Ministerio de Hacienda, *Bajar Impuestos para crecer más,* de 14 de julio de 2021, en la que Madrid se defiende de las acusaciones de ejercer un dumping fiscal (p. 21) o de concebirse como un «paraíso fiscal» (p. 31), el legislador madrileño nos recuerda que «la Comunidad de Madrid ha optado desde hace casi dos décadas por una política fiscal de impuestos bajos que he permitido, a su vez, mantener los servicios públicos con altos niveles de calidad, fomentar el crecimiento económico y mantener los objetivos de estabilidad presupuestaria y favorecer las condiciones para la generación de empleo y riqueza». Es más, la presentación del texto dispositivo de la Ley, ahonda en esa dimensión programática-populista, avanzando la voluntad futura de la Comunidad, en aras de «no establecer ningún tipo de impuesto nuevo en materias de su competencia», para finalizar recordando que «la experiencia en la Comunidad de Madrid ha demostrado que la reducción ordenada y coherente de tributos genera mayores ingresos públicos debido a la ampliación de las bases imponibles y a la mayor dinamización de la actividad económica».

Si partimos de que los ingresos por impuestos propios y por habitante en Madrid, en 2019, no llegaban a los diez euros (REAF: 371), y que si consideramos que la participación de los impuestos propios en los ingresos tributarios, estos no representan «casi nada», un 0,03 por 100 (REAF: 339), podemos calificar como sobredimensionada y con manifiesta intención metajurídica tal disposición que suprime el impuesto sobre la instalación de máquinas en establecimientos de hostelería autorizados y el impuesto sobre depósito de residuos y el recargo sobre el impuesto sobre actividades económicas, que solo se mantenía

formalmente, al haberse fijado en un porcentaje del 0 por 100 desde el 1 de enero de 2010.

Un segundo patrón desde el que podemos ilustrar ese rol de contrapoder adoptado por alguna comunidad autónoma es el de soslayar normativamente la legislación estatal. Esta versión de autonomías a la fuga (*lex fugit*) consiste en eludir los mandatos del legislador central mediante estrategias como adelantarse a la entrada en vigor de la regulación estatal. Con ello esquivan, a su vez, un no acatamiento directo o una desobediencia que pudiera tacharse de inconstitucional. Todo ello se puede ilustrar en el ámbito educativo. La publicación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE) ha habilitado un interesante escenario para esta praxis, a partir de su calendario de implantación (disposición final quinta) —auténtico sudoku— y su entrada en vigor (disposición final sexta). Si dejamos de lado la franja de incertidumbre, aliñada con discrecionalidad política y autonomía jurídica, que esta Ley ha generado en ámbitos como la promoción de curso y la obtención del título oficial de ESO[26], donde hemos de esperar las reacciones con posible deriva de recursos de inconstitucionalidad, son dos los ámbitos, el de la admisión de los alumnos y el de la convocatoria de oposiciones para cuerpos docentes, donde podemos ver esta práctica elusiva por anticipación de las autonomías a la publicación y entrada de en vigor de la norma estatal.

En lo concerniente al proceso de admisión de alumnos la LOMLOE mantiene el texto del art. 84 de la LOMCE y de la LOE que señala: «Las Administraciones educativas regularán la admisión en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad

[26] Los sistemas que están diseñando los ejecutivos autonómicos en lo que concierne a las reglas para pasar de curso en la ESO se podrían clasificar en tres tipos. Un primer modelo estaría vinculado a las propuestas de Comunidades como Asturias, Comunidad Valenciana o Cataluña. Los estudiantes promocionarían de curso, al margen del número de suspensos, si la mayoría de sus profesores consideran que están preparados para pasar de curso y que eso sea positivo para su trayectoria académica. Un segundo modelo sería en el que el alumno podrá promocionar con más de dos suspensos, cuando 2/3 partes de los docentes lo apoyen. Es el que sostiene, por ejemplo, el País Vasco o la Comunidad Autónoma de Extremadura. Finalmente, un tercer modelo, es el que introduce unas mayores acotaciones a lo que el nuevo art. 28.3 de la LOMLOE establece «los alumnos y alumnas promocionarán de curso cuando el equipo docente considere que la naturaleza de las materias no superadas le permita seguir con éxito el curso siguiente y se estime que tiene expectativas favorables de recuperación y que dicha promoción beneficiará su evolución académica». Así, Galicia postula que quien tenga más de dos suspensos solo podrá pasar de curso u obtener el título de ESO, si además de considerarlo adecuado el equipo docente, tiene una media igual o superior a cinco en todas las materias en la que esté matriculado. Por su parte, la Comunidad Autónoma madrileña blinda que entre las materias no superadas no hallemos simultáneamente Lengua Castellana y Literatura y Matemáticas, siendo necesario que 2/3 del equipo docente se postule a favor, ratio que se eleva, en el caso de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a más de 3/4 de ese equipo.

de elección de centro» de los padres, madres o tutores legales. Sin embargo, esta cláusula general se altera al introducirse la posibilidad de convertir la proximidad al domicilio en el criterio prioritario a la hora de asignar las plazas escolares por parte de la Administración, y también de concertar unidades o renovar conciertos. En ese sentido, el art. 86 señala que «las áreas de influencia se determinarán de modo que permitan garantizar la aplicación efectiva de los criterios prioritarios de proximidad al domicilio y cubran en lo posible una población socialmente heterogénea». Esa especificación se refuerza en el art. 116.2 que prioriza el concierto educativo a los centros que fomenten la escolarización de proximidad. Si a esto se une lo establecido en la disposición final quinta, 1, *a)* que pauta la entrada en vigor del contenido de la LOMLOE en lo que se refiere a la admisión de alumnos «a la entrada en vigor de esta ley», ya tenemos las coordenadas en las que algunas autonomías han actuado como contrapoderes por anticipación.

La respuesta de autonomías como la Región de Murcia[27] fue la de adelantar el proceso de admisión a mediados de diciembre, cuando habitualmente se realiza en el mes de marzo, unos días antes de la publicación de la LOMLOE y, sustantivamente, mantener un distrito único en cada municipio, siguiendo, como afirma la exposición de motivos de la Resolución «el objetivo principal de "garantizar el derecho a la libre elección de centro escolar por parte de las familias según sus valores y expectativas"». Esta circunstancia —la identificación de la zona escolar con el término municipal[28]— fue calificada por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia como un auténtico oxímoron que eludía la legislación estatal, al sostener que su articulación a partir de «términos municipales geográficamente extensos convierte en absolutamente inoperante el criterio prioritario de proximidad»[29]. Para el curso escolar 2022-2023, el Decreto por el que se regulaban los criterios y el procedimiento de admisión mantuvo la reserva a favor del Gobierno Regional de la potestad de delimitar las áreas y zonas escolar, siendo posible su asimilación a la totalidad de una localidad. A instancias del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, se insertaron en el Decreto[30]

---

[27] Resolución de 16 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Planificación Educativa y Recursos Humanos, por la que se dictan instrucciones para el proceso ordinario de escolarización de alumnado en centros públicos y privados concertados de Segundo Ciclo de Educación Infantil y Educación Primaria en el curso escolar 2021/2022, publicada en el *Boletín Oficial de la Región de Murcia*, el 17 de diciembre de 2020.

[28] Las zonas de escolarización para el curso 2021/2022 se determinan en la Resolución de 20 de enero de 2021 de la Dirección General de Planificación Educativa y Recursos Humanos *(BORM* núm. 18, de 23 de enero de 2021), en la que se delimita la zona escolar conforme a un único criterio, el de término municipal.

[29] Dictamen 18/22, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, de 24 de enero de 2022, p. 8.

[30] Decreto núm. 12/2022, de 10 de febrero, por el que se modifica el Decreto núm. 23/2017, de 15 de marzo, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para la admisión y escolarización del alumnado de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria

una serie de criterios que vendrían a delimitar esa amplitud (la tendencia de necesidades de escolarización, las características urbanas, las condiciones de acceso y transporte escolares, la evolución demográfica, la capacidad de los centros existentes y la oferta educativa) (art. 5, 1,*f*, I-VI), puesto que de no ser así. el criterio de proximidad devendría «irrelevante en la práctica»[31].

En lo referente al mismo asunto, la admisión de alumnos, la Comunidad Autónoma de Madrid, se reivindica en su interpretación de la LOMLOE, a la que solo alude marginalmente en una ocasión[32], a través de la Ley 1/2022, de 10 de febrero, Maestra de Libertad de Elección Educativa de la Comunidad de Madrid. De ese modo, su art. 6.2 establece que «La Comunidad de Madrid garantiza la libertad de las familias en la elección de un centro escolar sostenido con fondos públicos, de tal manera que pueda ejercerse en todo el territorio de la Comunidad sin que se vea limitado por el domicilio», desapareciendo cualquier delimitación vinculada a la idea de proximidad.

Un segundo ejemplo que ilustra meridianamente esa aptitud elusiva de las autonomías contrapoderes, la podemos hallar en los procesos para el ingreso como docente. Las dos coordenadas normativo temporales que enmarcan este comportamiento autonómico descrito a partir de expresiones como «esquivar» o «soslayar» se ubican en los meses de diciembre de 2021 y abril de 2022. La publicación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, *de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, cuyo objetivo era rebajar la tasa de interinidad, concretamente en el ámbito educativo al 8 por 100, otorgando un mayor peso a la experiencia que a otras credenciales en la fase de concurso, y la implementación de esta en el concreto ámbito de la educación, de la mano del Real Decreto 270/2022, de 12 de abril, por el que se modifica el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada ley, aprobado por Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero abrieron un periodo que las autonomías decidieron aprovechar para lanzar sus convocatorias, bajo el paraguas de argumentos dispares, unas la disconformidad con el modelo diseñado, su tacha como injusto o la imposibilidad de su aplicación por falta de tiempo. Así, una docena

---

Obligatoria y Bachillerato en centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

[31] Dictamen 18/22, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, de 24 de enero de 2022, p. 7.

[32] Art. 5.1.*b*, al referirse a los principios generales, referidos a la Ley de Educación de 2006, diciendo en su «redacción dada» en 2020.

de Comunidades autónomas se aferraron al modelo preexistente para convocar las plazas de maestros, eludiendo la normativa estatal[33].

Otra estrategia para afianzar el status autonómico de contrapoder es la de legislar de modo paralelo al Estado, optar por unas leyes espejo o *lex speculum*, en el sentido coloquial de «solo vale, porque yo lo he dicho». El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a esta técnica legislativa, de la mano de las *leges repetitae*, estableciendo la posibilidad de una inconstitucionalidad mediata de estos preceptos, no por su confrontación directa a la Constitución, sino por entrar en conflicto con otras normas infraconstitucionales dictadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, al repetir esas disposiciones quien no tendría competencias para ello, aunque se limite a parafrasear o reproducir literalmente lo establecido en aquellas (STC 51/2019, FJ 6). Esa comprobación de su inconstitucionalidad mediata requeriría verificar la legitimidad competencial y, adicionalmente, aplicar un criterio finalista, orientado a hacer más comprensible el desarrollo normativo que realiza la comunidad Autónoma, esto es «dotar de sentido» a dicha norma (STC 65/2020, FJ 8), junto con otro de fidelidad al texto reproducido, huyendo de parafrasear u omitir intencionadamente partes de esa legislación. En consecuencia, no toda la legislación paralela, simétrica o espejo es inconstitucional, pero sí presenta una potencial carga de propiciar una confusión lesiva para la seguridad jurídica y una hipertrofia normativa que los ciudadanos no aciertan a comprender, más allá de esa actitud de empoderamiento hacia el Estado central. Un ejemplo con el que podemos ilustrar esta praxis es el elenco legislativo referido a lo que genéricamente podemos llamar «memoria histórica y democrática», aunando la dualidad adjetival con la que se ha acompañado y/o acompañará la legislación estatal. El punto de partida es la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, a partir de ese referente las Comunidades autónomas se han lanzado a regular sobre la misma materia, con sutiles matices. Simplificando ese análisis comparativo, una diferencia se halla en el ámbito de su aplicación que

[33] *E.g*. La Comunidad Autónoma de Madrid (Resolución de 1 de febrero de 2022, de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso en el Cuerpo de Maestros y para adquisición de nuevas especialidades en el citado Cuerpo); Castilla-La Mancha (Resolución de 01/02/2022, de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, por la que se convoca concurso-oposición para el ingreso en el Cuerpo de Maestros por el turno libre, procedimiento para que los funcionarios de carrera del Cuerpo de Maestros puedan adquirir nuevas especialidades y procedimiento de selección de aspirantes a puestos de trabajo docente en régimen de interinidad) o Castilla y León (ORDEN EDU/147/2022, de 24 de febrero, por la que se convoca procedimiento selectivo de ingreso y adquisición de nuevas especialidades, así como procedimiento de baremación para la constitución de listas de aspirantes a ocupar puestos docentes en régimen de interinidad en el Cuerpo de Maestros y acreditación de la competencia lingüística en lenguas extranjeras).

se extiende, por ejemplo, en Ley 2/2017, de 28 de marzo, de *Memoria Histórica y Democrática de Andalucía*, al período que abarca la Segunda República, la Guerra Civil, la Dictadura franquista y la transición a la democracia hasta la entrada en vigor del primer Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 1)[34], frente al de la guerra civil y la dictadura, que sí se mantiene en la ley asturiana. Más dudas suscita otro aspecto reproducido en buena parte de esta legislación y que es un mero calco del art. 14 de la ley estatal, relativo al acceso a los terrenos. Sus elementos clave son: su catalogación como un fin de utilidad pública o interés social a los efectos de verse amparado por la Ley de Expropiación Forzosa; la autorización por las autoridades competentes de la ocupación temporal de los terrenos de titularidad pública; en los casos de titularidad privada, la necesidad del consentimiento de los titulares y, subsidiariamente, la autorización administrativa para una ocupación temporal. En ese sentido, el art. 11 de la ley andaluza, la ley aragonesa (Ley 14/2018, de 8 de noviembre, *de memoria democrática de Aragón*, art. 11) o Ley 1/2019, de 1 de marzo, *para la recuperación de la memoria democrática en el Principado de Asturias* (art. 14). No podríamos concebir un procedimiento diferenciado en cada Comunidad Autónoma y por ello no concebimos una regulación personalizada de la ocupación de terrenos en cada autonomía. Esta legislación de memoria no deja de sorprendernos, por ejemplo, la referencia en la ley aragonesa (Ley 14/2018), al Valle de los Caídos (DA 2.ª), emulando el art. 16 de la Ley estatal; la inserción de un glosario de términos con el que se dota de una estructura común a las diferentes leyes autonómicas o la nota discordante de la Comunidad de Castilla y León que optó por una degradación normativa para la materia (Decreto 9/2018, de 12 de abril, de la Memoria Histórica y Democrática de Castilla y León), incorporando un contenido similar a las leyes autonómicas referidas y que ahora podría pasar a ser memoria histórica en sí misma, cual parias medievales, consecuencia del pacto de gobierno entre la formación de derechas que aprobó el Decreto y la de ultraderechas impostada en el ejecutivo, de la mano de una ley de concordia, inquietante concepto jurídico indeterminado.

2.2. Eje jurisdiccional

La judicialización del posicionamiento de las Comunidades Autónomas como contrapoderes no se puede asimilar a la mera litigiosidad. Hemos de identificar elementos adicionales que le confieran un plus cualitativo que se condensaría en utilizar el cauce jurisdiccional para intereses espurios que confluirían en una voluntad de considerar al

[34] Esa misma ampliación la hallamos en Baleares o Valencia. Ley 2/2018, de 13 de abril, de memoria y reconocimiento democráticos de las Illes Balears (art 1.2). Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana (art. 3.*a*).

Estado central como enemigo, al que desacatan, ignoran o tensionan, como estrategia de autoconsolidación y empoderamiento, todo ello magnificado por la promoción en los medios de esa deriva judicial, al margen de lo sentenciado en último término.

A los efectos de ilustrar esta praxis, procedemos a plasmar dos perspectivas. La primera, material —ejemplificado con un caso concreto, como es el incumplimiento del ordenamiento jurídico por inacción, en el referente a la utilización vehicular normal de las lenguas oficiales en porcentajes que no pueden ser inferiores al 25 por 100— y una segunda, formal, rastreando las memorias del Tribunal Constitucional de los últimos años, por ser el tradicional referente institucional ante el que se sustancian esos conflictos.

La trazabilidad del no acatamiento por parte de la Generalitat catalana de la obligación de adoptar las medidas necesarias para la enseñanza en las dos lenguas oficiales en un 25 por 100 se remonta a los siguientes datos, referenciados magistralmente por la Resolución 5201/2020, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 16 de diciembre, que fue firme el 20 de enero de 2022. Un inciso previo, nos lleva a señalar que las cuestiones donde se focaliza la tensión y el status autonómico de contrapoder son muy sensibles, simbólicas y especialmente idóneas para la mediatización. Es muy fácil que desde ellas se promuevan posicionamientos sentimentales y viscerales de la ciudadanía. Serían una nueva tipología competencial, las competencias de consecuencias emocionales.

Partiendo de la legitimidad competencial en la materia, en términos generales en educación y específicamente en la utilización vehicular de las lenguas oficiales, tanto del Estado (art. 149.1.30 CE), como de la Comunidad Autónoma (por todos, art. 131 EC), el Tribunal Constitucional ha señalado que la fijación del número de horas de la enseñanza en castellano tiene un carácter básico (STC 15/2013, FJ 4)[35], por responder a la obligación estatal de garantizar el conocimiento del castellano, al ser la lengua oficial del Estado. Consecuentemente, el Estado ostenta la potestad de «velar por el respeto de los derechos lingüísticos» en el sistema educativo y, en particular, «el de recibir enseñanza en la lengua oficial del Estado» (STC 337/1994, FJ 10 o, tempranamente, STC 6/1982, FJ 10), que se regularía de modo expreso en la LO 2/2006, de

[35] Sentencia 15/2013, de 31 de enero de 2013. Conflicto positivo de competencia 6326-2003. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 830/2003, de 27 de junio, por el que se establecen las enseñanzas comunes de la educación primaria. Que tendría una continuidad en la Sentencia 48/2013, de 28 de febrero de 2013. Conflicto positivo de competencia 6330-2003. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 831/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la educación secundaria obligatoria.

3 de mayo, de Educación, al atribuir al Estado la «Alta Inspección» (art. 150.1.*d*). Sin embargo, el legislador orgánico no entra a predeterminar de forma rígida en que se traduce, en términos porcentuales o de cuotas, esas obligaciones, quedando a la discrecionalidad de la administración encargada del desarrollo y ejecución de esas bases. Es ahí donde surge una meridiana manifestación de ese status de contrapoder, en la inacción de la administración para el cumplimiento del ordenamiento jurídico y constitucional en esta cuestión. La inactividad es una dimensión pasiva del comportamiento autonómico como contrapoder, cuando esa omisión se considere el incumplimiento de una obligación legal, o bien evidenciable en silencios de desarrollos reglamentarios que deriven implícitamente en crear situaciones jurídicas contrarias a la legalidad (STS 16 de junio de 2015, RC 635/2014).

Encuadrado en un sistema de conjunción lingüística o bilingüismo integral (STC 337/1994) y que sintetizaríamos en que «el Estado en su conjunto (incluidas las Comunidades Autónomas) tiene el deber constitucional de asegurar el conocimiento tanto del castellano como de las lenguas propias de aquellas comunidades que tengan otra lengua como oficial. Una regulación de los horarios mínimos que no permita una enseñanza eficaz de ambas lenguas en esas comunidades incumpliría el art. 3 de la Constitución» (STC 87/1983, FJ 5) y cuya caracterización se completaría con los atributos de binario (STC 137/1986, FJ 4 y TSJC 5201/2020, FD 3), asimétrico (STC 337/1994, FJ 10 y TSJC 5201/2020, FD 3) y flexible, ha sido el Tribunal Supremo quien ha precisado «un mínimo por debajo del cual no se puede entender que el uso vehicular de la lengua asume la condición de normal dentro del sistema… y que se fija en el 25 por 100 de las horas lectivas. Un porcentaje que ha de incluir íntegramente, al menos, el de otra área, materia o asignatura no lingüística curricular de carácter troncal o análogo» (STS de 24 de septiembre de 2013, recurso 3011/2012). Pese a que tanto el Estado como la Generalitat son competentes para determinar el uso vehicular de las lenguas oficiales en la enseñanza (STC 31/2010, FJ 32), corresponde a la Generalitat tanto su concreción como la responsabilidad de controlar su aplicación. Como *prius* fáctico del pronunciamiento judicial se procedió a comprobar la eventual inactividad de la Administración catalana. Sobre la inicial respuesta de no disponer de la información y de que su obtención sería un esfuerzo desproporcionado, la conclusión sobre la muestra analizada por el TSJC fue que la media de horas de utilización del castellano en los centros de enseñanza es del 18 por 100 en la educación primaria, el 19 por 100 en ESO y el 26 por 100 en bachillerato, resultando la conclusión que «el uso vehicular de la lengua castellana en el sistema de enseñanza en Cataluña es residual», constatándose una infracción del marco jurídico vigente. «La Generalitat no ha ejercido su competencia dictando la normativa, las instrucciones o los actos de aplicación que sean necesarios a los efectos de determinar

el uso vehicular de las lenguas en la enseñanza, ni ha ejercido una actividad de control susceptible de evitar la situación comentada» (TSJC 5201/2020, FD 3).

La cuestión, lejos de resolverse, ahonda esa faceta retadora de la concepción «contrapoder» que asumen algunas autonomías. El auto de la Sección 5.ª de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de Catalunya, con fecha 9 de mayo de 2022, ha dispuesto requerir a la Administración para el cumplimiento inmediato de la sentencia del 25 por 100 de castellano todos los centros educativos de Catalunya, de diciembre de 2020. En dicho auto se requiere al Conseller de Educación para que implemente la sentencia, en un plazo máximo de quince días, y a la Alta Inspección para que verifique su cumplimiento. El TSJC reitera la libertad del ejecutivo catalán para determinar los medios de cumplimiento de ese mínimo conforme a la Constitución de enseñar, utilizando como lengua vehicular cada una en un porcentaje, al menos, del 25 por 100. En ningún caso esa libertad incluye una inacción contraria al mandato constitucional.

La respuesta del ejecutivo catalán se ha materializado en un Decreto, Decreto Ley 6/2022, de 30 de mayo, por el que se fijan los criterios aplicables a la elaboración, la aprobación, la validación y la revisión de los proyectos lingüísticos de los centros educativos. Pese a señalar que el objetivo es garantizar que «el alumnado alcance el dominio oral y escrito del catalán y el castellano al final de la enseñanza», la aptitud de contrapoder se ilustra magistralmente en el apartado d) del art. 2 del Decreto, donde se sustenta de forma tajante «la inaplicación de parámetros numéricos, proporciones o porcentajes en la enseñanza de la lengua». Con este posicionamiento, se trasciende de la hostilidad o de la representación política del *dog fight*, al decir de Schmitt, para entrar de lleno en el ámbito de la desobediencia (art. 410 del Código Penal)[36] y de la apelación a la aplicación del art. 155 CE.

En un plano formal, las memorias del Tribunal Constitucional son un buen referente para atisbar esa posición de contrapoderes adoptada por alguna o algunas Comunidades autónomas. Frente a los recursos de inconstitucionalidad, en los que se trata de depurar la inconstitucionalidad de la legislación estatal o autonómica o los conflictos positivos de competencias, en los que se evidencia esa posición empoderada de alguna autonomía (*e. g*. STC 135/2020, de 23 de septiembre, que decla-

[36] Atributo que se ha utilizado judicialmente por última vez, hasta el momento de escribir estas líneas, con respecto a un expresidente de la Generalitat, por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Barcelona, en el Procedimiento abreviado 486/2021, resuelto el 11 de mayo de 2022, para condenar a Joaquín Torra a 8 meses de multa, con cuota diaria de 100 euros por un delito de desobediencia e inhabilitación para el ejercicio de cargo público durante 15 meses, por su negación a retirar la pancarta con el mensaje de «libertad para los presos políticos y exiliados», acompañado de un lazo amarillo, ubicada en el Palau de la Generalitat.

ra la inconstitucionalidad y nulidad del Plan estratégico de acción exterior y relaciones de la Generalitat de Catalunya con la Unión Europea 2019-2022 en lo relativo a las relaciones con el cuerpo diplomático y el consular, participación en foros multilaterales, misiones internacionales y acciones en África y América Latina; la internacionalización de las infraestructuras portuarias y aeroportuarias estatales, el despliegue de infraestructuras digitales), un indicador meridianamente claro de la conversión de las autonomías en contrapoderes son los incidentes de ejecución de sentencias del Tribunal. La Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, *de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de derecho*, tenía en su razón de ser albergar una respuesta a los retos autonómicos al orden constitucional, especialmente impulsados desde Cataluña[37], y al cuestionamiento de la *auctoritas* del Tribunal. De todos ellos queremos destacar los que podríamos calificar los «re-incidentes», esto es, aquellos incidentes de ejecución estimados que a su vez se refieren y extinguen otros incidentes de ejecución previos. Es el caso de los AATC 180/2019 y 181/2019, de 18 de diciembre, que estimaron sendos incidentes de ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre. La estimación de estos incidentes, como recuerda la Memoria del Tribunal año 2019 (p. 45), supuso la extinción de otros dos incidentes de ejecución planteados en relación con estas mismas resoluciones por contravenir lo acordado en la STC 136/2018, de 13 de diciembre (AATC 182/2019 y 183/2019, de 18 de diciembre). El motivo, que «el Parlamento de Cataluña ha vuelto a incidir en la vulneración del orden constitucional y estatutario» (ATC 180/2019, FJ 8), lo que se acompaña con los requerimientos, apercibimientos y admoniciones al presidente del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la mesa y al secretario general del Parlamento.

Este capítulo dedicado a la vertiente jurisdiccional de la faceta autonómica como contrapoder ha de ampliarse a otras instituciones judiciales y a otras Autonomías. Así, no podemos obviar el recurso de la Comunidad Autónoma madrileña contra el Decreto 902/2021, de 19 de octubre, *por el que se regula la concesión directa de subvenciones, para el ejercicio presupuestario 2021, destinadas a la financiación del desarrollo de actuaciones de la inversión* «*Nuevos proyectos territoriales para el reequilibrio y la equidad*», *en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Pese a que se planteó ante la Audiencia Nacional, será el Tribunal Supremo el destinatario de dicho recurso contencioso-administrativo y de otros que continúen esa línea procesal. En su solución veremos cuánto hay de jurídico y cuánto de político, en cada pretensión.

---

[37] En ese sentido, G. Fernández Farreres, «Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones» en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 112, 2018, pp. 15-44, p. 18.

2.3. Eje político

El ámbito político es el escenario por excelencia donde se proyectan los envites de contrapoder autonómico. La base del mismo es la cultura de la desconfianza[38], alejada de una utópica cultura de la lealtad, sobre la que se ha erigido, no tanto la gestación, sino el desarrollo del Estado autonómico, aliñada con la rivalidad de los partidos políticos, primero unos pocos y ahora muchos, que pugnan por ocupar un espacio del que han de desplazar a otros, y también de unos líderes y lideresas que buscan un protagonismo a consolidarse en muchos flancos, no solo en el territorial. «No en vano, es un hecho que nuestro Estado de partidos condiciona sobremanera la estructura territorial, cuyo funcionamiento y ordenación reales se hallan condicionadas en muchos momentos por las directrices de los partidos políticos, más que por los intereses territoriales estrictos»[39]. Frente a quienes sostienen que el diseño institucional no propicia la integración[40], hay que sostener que no hay entramado coordinador[41] que contenga la avidez de la actitud populista de líderes autonómicos y la polarización partidista, «no es un problema de estructura, es un problema político o partidista»[42].

En ese ámbito político nos hemos topado con la desobediencia, *e. g.* «La Comunidad de Madrid no acata»[43]; la estrategia y la táctica —se habla de «tactiquismo»— de la significación negativa; con la proliferación de identidades nacionales subjetivas[44], que orillan a las

---

[38] B. Clavero, «Modelo territorial», en G. Boye, *et. al*., *Contrapoder ¡Desmontando el régimen!,* Barcelona, Roca Editorial, 2015, pp. 80 y 83.

[39] J. Ridao Martín, «Carencias y problemáticas de las relaciones de colaboración entre el estado y las comunidades autónomas durante la gestión de la covid- 19», *RIBRIG,* 2, 2021, 1-46, p. 7.

[40] «Una cultura de la desconfianza entre el Estado o la Nación y las entidades territoriales no surge y se acrecienta aleatoriamente, sino en función de la lógica que sustenta el diseño institucional». Clavero, Bartolomé, «Modelo territorial», *op. cit*., p. 80.

[41] Carencia que arrastramos desde la propia gestación del Estado autonómico. *Vid*. J. Cosgaya García, «Replantear la política autonómica. Un informe de la Dirección General de Cooperación con los Regímenes Autonómicos (abril de 1980)», en I. Sepúlveda Muñoz y F. Balado Insulza, *De la Institución a la identidad. Nacionalismo en la España de las Autonomías.* Madrid, UNED, 2018, pp. 107-124. «No se cuenta hoy con un sistema capaz de articular las actuaciones necesarias para elaborar un planteamiento estatal unitario, coherente y meditado sobre las autonomías, ni tampoco con un instrumento idóneo de coordinación y decisión» (Primer borrador de bases para un replanteamiento de la ejecución de la política autonómica. Programa y organización, abril de 1980).

[42] E. Sáenz Royo, «La falta de coordinación en la pandemia: el no-fallo del Estado autonómico», *Agenda Pública,* 8.10.2020. *https://agendapublica.elpais.com/noticia/16794/falta-coordinacion-pandemia-no-fallo-estado-autonomico* (Última consulta realizada el 4 de junio de 2023).

[43] *https://www.publico.es/politica/comunidad-madrid-no-acata-borrador.html* (Última consulta realizada el 4 de junio de 2023).

[44] F. Pallarés, «Estado autonómico y sistema de partidos: una aproximación electoral», en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 71, enero-marzo 1971, p. 308.

tradicionales divisiones partidistas y que pugnan por la emulación y la competición en contravenir al Estado central o, las más de las veces, con la concepción del liderazgo autonómico como acicate de desestabilización del liderazgo estatal, especialmente cuando es de otro partido o con la adscripción a cualquier causa que implique un revuelo antigubernamental[45].

La versión política del contrapoder autonómico ha adoptado diferentes versiones. Cuantitativamente, el *contrapoder individual* y el *contrapoder grupal*. Formalmente, podemos diferenciar un *contrapoder directo*, que busca generar y alimentar la confrontación, de un *contrapoder mediato*, que usa recursos indirectos para su ejercicio. El contrapoder individual ha experimentado una variación en los últimos años, desde agosto de 2019 en concreto, desplazándose desde las comunidades «excéntricas»[46] a comunidades del modelo común, pero confrontadas políticamente al gobierno central. El ejemplo por excelencia es la Comunidad de Madrid[47] y su presidenta Isabel Díaz Ayuso. El contrapoder grupal viene dado por la afinidad partidista de los componentes. Así, se ha identificado como «resistencia» a las Comunidades Autónomas de Murcia, Castilla y León, Andalucía, Galicia y Madrid[48]. Estas representan a casi 22 de los 47 millones de españoles y agrupan a 23 de sus 50 provincias. La personalidad de sus respectivos líderes se difumina en una confrontación económica, territorial y en una reclamación que tiene como referente rechazar el bilateralismo en las relaciones con el Estado.

3. REFLEXIÓN FINAL

El Estado autonómico no deja de sorprendernos en sus virajes. Una de sus últimas versiones es la conversión de las Comunidades Autónomas en contrapoderes, en el sentido de «antipoderes» del Estado central. El clima en el que se ha gestado esta corriente está protagonizado por dinámicas centrífugas, prácticas de emulación, insolidaridad y un predominio del populismo, por encima del sentido común. Así no solo nos encontramos con Comunidades refractarias, sino con comunidades que no acatan, desobedecen y retan de modo continuo al gobierno cen-

---

[45] *E. g*. La celebración de un homenaje conjunto a Policías y Guardias Civiles que participaron en el fin de la banda terrorista ETA, fue un argumento que mezcló *fake news* —un presunto veto del Ministerio de Interior—, una lucha entre ideologizados medios de comunicación y una presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid, dispuesta a esa organización independientemente de lo postulado por sus promotores, el Sindicato Profesional de Policía (27 de mayo de 2022).

[46] E. Aranda, «El nuevo mapa de partidos en las Comunidades Autónomas y sus efectos en la forma de gobierno: "mucho ruido y pocas nueces"», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 257-283 (p. 267).

[47] J. Barcos, «Madrid, capital del contrapoder», en *Diario de Noticias de Navarra,* 5-05-2021.

[48] «El contrapoder autonómico planta cara a Pedro Sánchez», *ABC,* 12-01-2020.

tral y al Estado en sí. Obvian estos líderes, que su condición de presidentes y presidentas de las Comunidades autónomas lleva aparejado el rol de representante ordinario del Estado en las mismas, siendo un contrapoder casi reflexivo, porque cual *boomerang* se vuelve contra ellas mismas.

El reto de desarrollar una «challenging legislation», que lleva de facto a una nulificación, puede generar en la evolución dulcemente gráfica del federalismo que realizó Grodniz[49], desde el *layer cake*, del federalismo dual, hacia el *marble cake* del federalismo cooperativo, un nuevo estadio, el *popping cake*, una tarta marcada por los conflictos y los chasquidos entre las partes.

Lo que hemos tratado de evidenciar es que una de las perspectivas para entender la forma territorial del Estado español del siglo XXI pasa por visualizar el estado de conflicto que enfrenta uno de los principios básicos de las organizaciones descentralizadas, el del equilibrio interterritorial reflejado en la expresión «*cheks and balances*», desde el que las comunidades autónomas se convierten en contrapoderes constructivos del sistema constitucional, hacia un patrón descrito como del «*the tug and war*», del tira y afloja, que se ha evidenciado en los ámbitos más esenciales del Estado, como la sanidad y la educación, o en momentos de excepción, como la situación de pandemia. Nuestro objetivo ha sido ofrecer nuevos referentes conceptuales, imbuidos en una traslación de la realidad, que aborden esa nueva forma de encarar las tradicionales tensiones que aparecen en los Estados descentralizados.

En esta performance de las autonomías como contrapoderes hay mucho de lo que Orwell advirtió: hay un doble juego, excusa y placebo. «Excusa para los de arriba y placebo para los de abajo»[50]. La mascarada o carnavalada de esos enfrentamientos «no será, sin embargo, más que un juego cínico, una representación de *dog fight*, o un autoengaño sin contenido, si no se vincula por ambas partes con una relativización de la hostilidad» (Carl Schmitt, prólogo de marzo de 1963 al *Concepto de lo político,* p. 47, Alianza Editorial, 1998).

4. BIBLIOGRAFÍA

Aranda, E., «El nuevo mapa de partidos en las Comunidades Autónomas y sus efectos en la forma de gobierno: «mucho ruido y pocas nueces», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 257-283.

Balaguer Callejón, F., «Interpretación constitucional y populismo», *ReDCE,* n*úm*. 33, enero-junio 2020, pp. 1-20.

[49] M. Grodzins, *The american system A new view of government in the United States,* Chicago, Rand McNally and Company, 1966.

[50] C. Escaño, «Poder, Contrapoder, Red y movimiento común», *Iberoamérica Social: revista-red de estudios sociales*, 2013, I, pp. 22-24. Visto en: *http://iberoamericasocial.com/poder-contrapoder-red-y-movimiento-comun/* (Última consulta realizada el 19 de agosto de 2023).

Castellá Andreu, J. M., *Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional,* Madrid, Marcial Pons, 2018.
— «Comparecencia Comisión para la Evaluación y la modernización del Estado autonómico», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados,* Sesión de 19 de febrero de 2019.
Castells, M., «Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad red (I). Los medios y la política», en *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*,núm.. 74, 2008, pp. 13-24, *on line* 1-15.
Clavero, B., «Modelo territorial», en G. Boye, *et. al*., *Contrapoder ¡Desmontando el régimen!,* Barcelona, Roca Editorial, 2015.
Escaño, C., «Poder, Contrapoder, Red y movimiento común», *Iberoamérica Social: revista-red de estudios sociales*, 2013, I, pp. 12-24.
Fernández Farreres, G., «Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones» en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 112, 2018, pp. 15-44.
Grodzins, M., *The american system A new view of government in the United States,* Chicago, Rand McNally and Company, 1966.
Holloway, J., «Doce tesis sobre el antipoder», en E. Fontana *et. al.*, (comp.), *Contrapoder. Una introducción,* Buenos Aires, Ediciones de Mano en mano, 2001, pp. 73-82.
Krauze, E., *El pueblo soy yo*. Barcelona, Debate, 2020.
Máiz, R., «Dividing sovereignty»: federalismo y republicanismo en la teoría política de james madison», en *REAF,* núm. 19, abril 2014, pp. 11-66.
Martín Núñez, E., «La configuración jurisprudencial de la representación política como derecho fundamental. Un elemento de contrapoder», en J. Tudela Aranda, (coord.), *Libro Blanco sobre la calidad democrática en España,* Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 175-188.
Molina, F., «El camino de la secesión. Nacionalización de masas e independentismo, 1995-2017», pp. 255- 293, en I. Sepúlveda Muñoz, (ed.), *Nación y nacionalismos en la España de las autonomías,* Madrid, BOE-CEPC, 2018.
Müller, J., *What is populism,* Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016.
Negri, T., «Contrapoder», en E. Fontana *et. al.,* (comp.), *Contrapoder. Una introducción*, pp. 83-92.
Pallarés, F. «Estado autonómico y sistema de partidos: una aproximación electoral», en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 71, enero-marzo 1971.
Rivére, M., *Entrevistas. Diálogos con la política, la cultura y el poder,* Barcelona, Ediciones de la UB, 2013.
Ryan, E., «Federalism and the Tug of War Within: Seeking Checks and Balance in the Interjurisdictional Gray Area», 66 *Md. L. Rev*. 503, 2007, pp. 503-667.
Sáenz Royo, E., «La falta de coordinación en la pandemia: el no-fallo del Estado autonómico», *Agenda Pública,* 8.10.2020. *https://agendapublica.elpais.com/noticia/16794/falta-coordinacion-pandemia-no-fallo-estado-autonomico*
Schmitt, C., *El concepto de lo político,* Madrid, Alianza, 1987.
Scheppele, K., «The Party's Over», en M. Graber, S. Levinson y M. Tushnet (eds.), *Constitutional democracy in crisis*?, London, Oxford University Preess, 2018, pp. 500-525.

Ridao Martín, J., «Carencias y problemáticas de las relaciones de colaboración entre el estado y las comunidades autónomas durante la gestión de la covid- 19», *RIBRIG,* 2, 2021, pp. 1-46.

Seijas Villadangos, E., «Federalismo resiliente: vanguardia y retaguardia de una nueva organización territorial del Estado español», en G. Ruiz-rico ruiz, A. Porras Nadales, M. Revenga Sánchez, *Regeneración democrática y reforma constitucional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 305-344.

CAPÍTULO XVI

LA UNIÓN EUROPEA COMO CONTRAPODER POLÍTICO DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y LOS LÍMITES DE SU ACTUACIÓN

Núria González Campañá
Profesora Lectora de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hay una creciente preocupación por la erosión de la democracia constitucional en los Estados miembros de la UE. La preocupación es tal que al hablarse de déficit democrático en Europa ya no se apunta a las deficiencias de las propias instituciones europeas, como antaño, sino al creciente iliberalismo de algunos Estados miembros. En la última década, desde instancias europeas (tanto desde instituciones de la UE como del Consejo de Europa, siendo el foco de atención de este capítulo las primeras) se han activado diversos mecanismos para prevenir (e incluso revertir) el deterioro democrático. Estos nuevos mecanismos que está asumiendo la UE, los cuales se traducen en nuevas tareas, visibilizan a las instituciones europeas como un contrapoder de los Estados miembros. Esto no es algo revolucionario. La idea de democracias nacionales limitadas o constreñidas por una institución supranacional se halla en los orígenes mismos del proceso de integración europea. La novedad de hoy es que el foco de ese contrapoder no es exclusivamente económico[1], sino que se adentra

[1] Piénsese, por ejemplo, en la segunda reforma constitucional llevada a cabo en España en el año 2011 con la modificación del artículo 135 de la Constitución para garantizar el principio

en el terreno político, fundamentalmente en la protección del Estado de Derecho[2]. Ahora bien, la UE también está sujeta a ciertos límites en su actuación como contrapoder. Este capítulo abordará todas estas cuestiones en el orden descrito.

2. EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO EN LA UNIÓN EUROPEA AYER Y HOY

Desde el Tratado de Maastricht, el llamado déficit democrático de la UE y la búsqueda de su legitimidad ocuparon un lugar prominente en el debate público. Aunque no hay una sola definición sobre qué se entiende por déficit democrático, parece claro que por aquel entonces se alertaba sobre la falta de estructuras propias de un Estado democrático en el seno de la UE[3]. Se entendía que el proceso de toma de decisiones en la UE no respondía a inputs democráticos. También se indicaba que había un excesivo dominio del poder ejecutivo y del funcionariado a raíz de la transferencia de competencias puesto que el papel de los gobiernos y los tecnócratas se veía reforzado en detrimento de los parlamentos nacionales (tanto en las negociaciones a nivel europeo como en el control y ejecución del Derecho europeo a nivel nacional)[4]. Ello se observa en el papel predominante del Consejo y del Consejo Europeo, en el predominio de las discusiones técnicas y en las dificultades que tienen los parlamentos nacionales a la hora de controlar la acción legislativa de la UE[5]. La excesiva tecnificación (ilustrada por el complejo sistema de comitología), la falta de transparencia (tradicionalmente, la mayoría de las decisiones en la UE, especialmente en el

---

de estabilidad presupuestaria vinculando a todas Administraciones Públicas españolas. La reforma fue exigida por las instituciones europeas tras la grave crisis económica del año 2008 en el marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la zona euro, que pretendía evitar la aparición de déficits presupuestarios excesivos.

[2] J. Komarek, «The EU is more than a constraint on populist democracy», *Verfassungsblog*, 25 de marzo de 2013.

[3] G. De Búrca, «The quest for legitimacy in the European Union», *Modern Law Review*, vol. 59, núm. 3, 1996, p. 352.

[4] T. Raunio, «Always one step behind? National legislatures and the European Union», *Government and Opposition*, vol. 34, núm. 2, 1999, p. 201.

[5] El llamado sistema de alerta temprana, introducido por el Tratado de Lisboa, tenía como objetivo aumentar el grado de implicación de los parlamentos nacionales en los asuntos comunitarios. Asimismo, tiene repercusiones en la dimensión regional, pues posibilita también que las cámaras representativas sub-nacionales de los Estados descentralizados regionales sean consultadas en materias que les afecten. C. Ares Castro-Conde, «El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 136, 2007, p. 229. Sin embargo, su impacto ha sido muy limitado. Pero hay que reconocer que ha servido para fomentar el diálogo político entre instituciones nacionales y europeas y puede actuar como un foro de consultas previas. P. Van Gruisen y M. Huysmans, «The early warning system and policymaking in the European Union», *European Union Politics*, vol. 21, núm. 3, 2020, p. 469.

Consejo, se han tomado a puerta cerrada) o la distancia en la gestión de los asuntos también eran críticas habituales[6]. La fuente del derecho europeo, se decía, no proviene del pueblo europeo, sino de los Estados miembros (*e.g.* los señores de los tratados). Y su aplicación depende de ellos, también incluso tras su entrada en vigor.

Sin embargo, todas estas críticas podían ser contrarrestadas. La legitimidad democrática de la legislación europea deriva de la legitimidad de los gobiernos nacionales, que ocupan tanto el Consejo (co-legislador) como el Consejo Europeo (muchas de las propuestas legislativas de la Comisión surgen a raíz de ideas plasmadas en los documentos de Conclusiones tras las cumbres del Consejo Europeo). Además, en la segunda mitad del siglo XX ha sido habitual que la política nacional esté dominada por los gobiernos, por tanto, el papel preponderante del poder ejecutivo no es exclusivo de la UE. Por otro lado, no es evidente tampoco que el Parlamento Europeo tenga menos poder que los parlamentos nacionales, especialmente si tenemos en cuenta el progresivo aumento de competencias del Parlamento Europeo (hoy ya un co-legislador prácticamente en pie de igualdad con el Consejo) y el papel mucho más activo de los eurodiputados en el proceso legislativo a través de enmiendas, en comparación con los diputados nacionales de algunos países. Tampoco conviene olvidar los instrumentos de participación democrática que se han ido consolidando alrededor del Parlamento Europeo, aunque tengan efectos limitados. Así, por ejemplo, la iniciativa ciudadana europea. Este instrumento de participación directa fue introducido por el Tratado de Lisboa y permite a los ciudadanos europeos participar en el procedimiento de producción legislativa. Sin embargo, como señala Viñales Ferreiro[7], hasta ahora su impacto ha sido muy limitado. Es poco probable que el Reglamento que lo desarrolla (Reglamento (UE) 2019/788), que entró en vigor el 1 de enero de 2020, vaya a alterar significativamente el panorama. También cabe recordar la propuesta de los *Spitzenkandidaten* (*e.g.* candidatos principales) que surgió en las elecciones de 2014 al Parlamento Europeo. Como se sabe, el presidente de la Comisión Europea es propuesto por mayoría cualificada por el Consejo Europeo, pero necesita ser ratificado por el Europarlamento por mayoría absoluta. Los principales grupos de la Eurocámara decidieron designar a candidatos principales para las elecciones europeas, que a su vez lo serían para presidir la Comisión, poniendo en valor el art. 17.7 del TUE (que afirma que debe tenerse en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo). En el

---

[6] H.H. Weiler, J., U. Haltern y F. Mayer, «European Democracy and its Critique. Five Uneasy Pieces», *EUI Working Paper RSC*, núm. 11, 1995.

[7] S. Viñuales Ferreiro, «La reforma de la iniciativa ciudadana europea: un nuevo impulso para la participación democrática en Europa», en Sierra Rodríguez, J., Reviriego Picón, F. y Tudela Aranda, J. (ed), *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel*, Zaragoza, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

Parlamento Europeo se acordó no votar a ningún candidato para presidir la Comisión Europea que no hubiese sido propuesto como *Spitzenkandidat*. Se pretendía dar mayor legitimidad a las elecciones europeas (en un intento también por frenar la creciente tendencia abstencionista)[8], permitiendo que fueran los votos de los ciudadanos y no negociaciones a puerta cerrada los que decidieran la persona encargada de presidir la Comisión. El Partido Popular Europeo (PPE) ganó las elecciones de 2014 y Jean-Claude Juncker, su *Spitzenkandidat*, se convirtió en presidente de la Comisión. Sin embargo, su elección no gustó a todos los jefes de Estado y de Gobierno y algunos ya avisaron entonces que lo sucedido en 2014 no servía de precedente para futuras elecciones. Así fue. La elección de Ursula von der Leyen como Presidenta de la Comisión Europea en julio de 2019 supuso el abandono del sistema del *Spitzenkandidat*, puesto que, aunque pertenece al PPE, partido que volvió a obtener el mayor número de votos en las elecciones al Parlamento Europeo de mayo de 2019, no había sido su candidata. En aquella ocasión el *Spitzenkandidat* había sido Manfred Weber. En las elecciones de junio de 2024, desde la CDU se señaló a Ursula von der Leyen como la *Spitzenkandidat* del PPE. Sin embargo, no apareció en ninguna papeleta al Parlamento Europeo. Fue reelegida como Presidenta de la Comisión en julio de 2024. En cualquier caso, y a pesar de que este sistema no se ha consolidado, puede afirmarse que la UE ha ido buscando, con mayor o menor éxito, fórmulas institucionales que acerquen las instituciones a los ciudadanos europeos.

Además, más allá de estos progresos en la lucha contra el déficit democrático de la UE, puede también pensarse que en realidad la UE es, esencialmente, un ente regulador (*Regulatory State*)[9], un cuarto poder que actúa como agencia regulatoria especializada que busca la máxima eficiencia[10] y que, por ello, no debe estar sujeto a las preferencias de la mayoría y la interferencia de los políticos[11]. Pero, sobre todo, conviene resaltar los argumentos esgrimidos por Moravcsik: lo relevante en una democracia constitucional son los pesos y contrapesos y evitar el uso arbitrario y potencialmente corrupto del poder, algo que el diseño institucional de la UE sí garantiza[12].

---

[8] H. Sánchez Margalef, «¿Quién quiere matar a los Spitzenkandidaten?», Opinion CIDOB, 570, 2019.

[9] G. Majone, «The Rise of the Regulatory State in Europe», *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, 1994, pp. 78–102.

[10] Una idea parecida en Y. Mounk, *El pueblo contra la democracia*, Paidós, 2018, p. 249.

[11] G. Majone, «The European Community: An "independent Fourth Branch of Government"», *EUI Working Paper SPS*, núm. 17, 1994.

[12] A. Moravcsik, «In defence of the "democratic deficit": reassessing legitimacy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, núm. 4, 2002, p. 606. A Follesdal y Hix no les convencieron estos argumentos. Según ellos, desde una aproximación politológica, lo fundamental en un régimen democrático debe ser la lucha por el liderazgo político y ello está ausente en la UE. En este sentido, la democracia exige un procedimiento que regule la competi-

De todos modos, quien quizás iluminó mejor el debate fue Dieter Grimm al señalar la falta de condiciones estructurales en la UE para hablar de democracia. Para Grimm, la clave en una democracia son las estructuras intermedias entre la población y la élite gobernante. Sin dichas estructuras (partidos políticos, asociaciones, medios de comunicación) la democracia no se sostiene: «*the success of democratic constitutions depends not just on the intrinsic excellence of their regulations, but equally on the external conditions for their effectiveness.* […] *The democratic nature of a political system is attested not so much by the existence of elected parliaments, which is today guaranteed almost everywhere, as by the pluralism, internal representativity, freedom and capacity for compromise of the intermediate area of parties, associations, citizens' movements and communication media*»[13]. A nivel europeo estas estructuras simplemente no existen[14]. Y una de las principales razones que explica esta ausencia es la falta de una lengua común. Ello impide completar una verdadera democracia europea: «*A Europeanised communications system ought not to be confused with increased reporting on European topics in national media. These are directed at national public and remain attached to national viewpoints and communication habits* […] *Europeanisation in the communications sector would by contrast mean that there would be newspapers and periodicals, radio and television programmes, offered and demanded on a European market and thus creating a nation-transcending communicative context. But such a market would presuppose a public with language skills enabling it to utilise European media* […] *some European lingua franca* […] *the biggest obstacle to Europeanisation of the political substructure, on which the functioning of a democratic system and the performance of a parliament depends: language*»[15].

Este era el debate sobre déficit democrático en la UE hace apenas unas décadas[16], el que afectaba a las instituciones y a la toma de decisiones. Hoy, la principal preocupación se halla en la erosión o retroceso democrático[17] (entendido como deterioro de los elementos liberales

---

ción por el control de la autoridad política y que las preferencias de los ciudadanos determinen el resultado. En la UE no se visibiliza una oposición, hay en realidad escasas oportunidades de presentar alternativas políticas. A. Follesdal y S. Hix, «Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik,» *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, núm. 3, 2006, p. 552.

[13] D. Grimm, «Does Europe Need a Constitution?», *European Law Journal*, vol. 1, núm. 2, 1995, p. 293.

[14] *Ibid*., p. 294.

[15] *Ibid*., p. 295.

[16] Tampoco debe pensarse que las críticas al exceso de tecnocracia en la UE han desaparecido. Como advierte Martinico, todavía hoy «[t]he EU is seen as the main source of technocratic choices that has deprived Italians of their sovereignty». G. Martinico, *Filtering populist claims to fight populism*, Cambridge University Press, 2022, p. 171.

[17] J. W. Müller, «Should the EU protect democracy and the Rule of Law inside Member States?», *European Law Journal*, vol. 21, núm. 2, 2015, p. 143: «Without wanting to argue that

propios del Estado de Derecho) que tiene lugar en muchos Estados miembros de la UE (con mayor o menor intensidad), aunque es cierto que esta recesión no es exclusiva del ámbito europeo.

Es sabido que una democracia constitucional no se basa solo en la celebración de elecciones periódicas y la prevalencia del principio de mayoría sobre cualquier otra consideración. Una democracia constitucional debe garantizar los pesos y contrapesos, la separación de poderes, el pluralismo político, los derechos fundamentales y, en particular, la independencia del poder judicial. Desde esta concepción de la democracia, no hay contradicción entre el Estado de Derecho y la democracia. Así se entiende en el ámbito de la Unión Europea (también del Consejo de Europa)[18], que ha adoptado una aproximación sustantiva al concepto de Estado de Derecho, aunque sin dejar de lado los aspectos formales, como la seguridad jurídica[19]. En efecto, el Estado de Derecho ha sido descrito por la Comisión Europea como «la columna vertebral de cualquier democracia constitucional moderna»[20]. El Estado de Derecho «asegura que todos los poderes públicos actúen dentro de los límites establecidos por la ley, de acuerdo con los valores democráticos y los derechos fundamentales, y bajo el control de jueces independientes e imparciales. […]»[21]. Es decir, la ley da forma y articula la voluntad popular, limitando el modo y el ámbito de su ejercicio. De hecho, la Europa de la posguerra ha promovido la delegación de poder a instituciones no elegidas, como las autoridades independientes. Y ese desarrollo se basó en las lecciones históricas que los europeos extrajeron de las catástrofes políticas de mediados de siglo. Los arquitectos de la Europa de post-guerra miraban el ideal de la soberanía popular

---

the democratic deficit of the Union itself has somehow magically disappeared, I wish to insist that some of the most urgent democratic deficits in today's Europe can be found within a number of EU Member States».

[18] «La Comisión de Venecia sigue en sus informes sobre el Estado de Derecho un concepto material o sustantivo de Estado de Derecho, frente a una concepción meramente formalista propia del Estado formal de Derecho o Estado de leyes, que caracteriza al positivismo más estricto». J. M. Castellà Andreu, «La aportación de la Comisión de Venecia a la preservación del Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 38, 2023, p. 31. Esta aproximación sustantiva de la Comisión de Venecia se puede comprobar en su *Rule of Law Checklis*t CDL-AD(2016)007, párr. 18.

[19] En Europa, desde finales del siglo xix hasta mediados del siglo xx, se generaliza una versión formal del Estado de Derecho que lo reduce a un Estado de leyes, sin importar el contenido de esas leyes. H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Ciudad de México, Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 315.

[20] «Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho», COM(2014) 158 final. En dicha Comunicación se indica que se aprovechará la experiencia del Consejo de Europa y en particular de la Comisión de Venecia y se buscará su asesoramiento. En 2019, y ante el agravamiento de la situación en algunos Estados miembros, la Comisión aprueba otra Comunicación, que sigue la línea de la anterior y abre la puerta a nuevos mecanismos, como los informes anuales sobre el Estado de Derecho. «Refuerzo del Estado de Derecho en la Unión. Propuesta de actuación», COM(2019) 343 final.

[21] COM(2014) 158 final, *op. cit.*

con mucho recelo. Después de todo, ¿cómo confiar en poblaciones que habían aupado al poder a líderes y partidos totalitarios? La integración, europea, conviene resaltarlo, forma parte de este intento de constreñir la voluntad del pueblo al añadir límites supranacionales[22].

En algunos Estados miembros de la UE se ha desarrollado una narrativa populista opuesta a la idea de democracia limitada y Estado de Derecho, lo que ha dado origen a regímenes iliberales en los que se promueve la idea de que los deseos de la mayoría deben prevalecer sobre el imperio de la ley y las sentencias judiciales. Mientras que el constitucionalismo democrático considera que debe haber un equilibrio entre las preferencias de la mayoría y el imperio de la ley, la aproximación populista o iliberal defiende una visión radical de la democracia y sostiene que la voz de la mayoría no debe tener límites, especialmente si esos límites vienen de instituciones cuyos miembros no han sido elegidos democráticamente[23]. La nación debe hablar con una sola voz y, por tanto, no hay razón para el pluralismo político[24]. Es decir, el populismo abraza la democracia, pero rechaza la democracia liberal y el constitucionalismo[25]. Los populistas no se sujetan al orden constitucional, solo reconocen la voluntad de la mayoría. Así, el populismo promueve una relación directa y sin intermediarios entre el pueblo y el poder[26]. El populismo parte de una concepción schmittiana o decisionista del poder constituyente[27].

---

[22] Müller, «Should the EU…», *op. cit*., p. 152.

[23] J. M. Castellà Andreu y M. A. Simonelli, «Populism and contemporary democracy», en Castellà Andreu, J.m. y Simonelli, M.a. (ed), *Populism and Contemporary Democracy in Europe*, Londres, Palgrave MacMillan, 2022, p. 18.

[24] En realidad, una de las principales características del populismo es su hostilidad frente al pluralismo, «los populistas aseveran que ellos, y solo ellos, representan al puebl.». J. W. Müller, *¿Qué es el populismo?*, Ciudad de México, Grano de Sal, 2017, pp. 33-35. Es por ello por lo que se ha dicho que la democracia iliberal o populista es un instrumento de exclusión, no de inclusión. I. Krastev, *After Europe*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2017, p. 15.

[25] C. Mudde, «Are populists friends or foes of constitutionalism?», Policy Brief FLJS, 4, 2013.

[26] «The notion of constituent power refers to the authority to make the constitution and thus to institute the legal order. It belongs to the people. As constituent power, the people is understood to already exist prior to and independent of a constitutional order. Most importantly, populists implicitly claim that there is an absolute primacy of constituent power vis-à-vis the constitution and the rules and powers derived from it. The people as constituent power is ultimately not bound by constitutional constraints because it is the source from which the constitution receives its legitimacy. […] In terms of constitutional theory, the populist will always value 'the will of the people' above constitutional rules and procedures and will actively search for ways to overcome or avoid these. In short, the populist reading of constituent power displays a strong preference of the rule of men over the rule of law and, as a consequence, a general distrust of law and procedures». L. Corrias, «Populism in a Constitutional key: constituent power, popular sovereignty and constitutional identity», *European Constitutional Law Review,* núm. 12 (1), 2016, pp. 9-10.

[27] Para Schmitt, el poder constituyente no desaparece una vez elaborada la Constitución, que es simplemente la expresión de la voluntad política en un determinado momento. La democracia no se constituye dentro de un orden determinado, sino que existe fuera de ese orden, un orden que ella misma estableció y puede re-establecer siempre que lo considere oportuno. J.

La elección del vocablo «erosión» constitucional para describir los procesos de retroceso no es casual. No se trata de un deterioro súbito y desde fuera de las instituciones, como ocurre tras un golpe de estado clásico, sino lento y gradual[28] que incluye ataques a la independencia del poder judicial, límites a la libertad de prensa, control estatal de los medios de comunicación, restricciones a las organizaciones de la sociedad civil…

Como es bien sabido, dentro de la UE los casos más preocupantes de este retroceso son Polonia y Hungría[29], regímenes en los que la fachada democrático-constitucional se mantiene, pero donde la sustancia política es cada vez menos liberal[30]. De todos modos, el retroceso liberal-democrático afecta, en grados distintos, a muchos otros Estados miembros y, por tanto, la reflexión sobre el posible papel de contrapoder de la UE se extiende al resto de países. También al nuestro.

3. INSTRUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA PARA FRENAR Y REVERTIR EL RETROCESO DEMOCRÁTICO Y LAS VULNERACIONES DEL ESTADO DE DERECHO EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Podía pensarse que una vez un país candidato superaba los requisitos demandados por la UE según los criterios del Consejo Europeo de Copenhague de 1993, reforzados por el Consejo Europeo de Madrid de 1995, y accedía a la UE, ya no era necesario controlar el desarrollo institucional del país[31]. Se presumía que la condición de miembro de la UE, con la interdependencia que comporta, sería suficiente para preservar la democracia constitucional en los Estados miembros. Además, hasta los años noventa del siglo pasado la integración europea era, sobre todo, un proceso de integración económica circunscrito a Europa occidental, mientras que la organización que velaba por la preservación

---

Scholtes, «The complacency of legality: Constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power», *German Law Journal*, núm. 20, 2019, p. 358.

[28] T. Ginsburg y A. Z. Huq, *How to save a constitutional democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018, p. 43 y ss.

[29] Analícese, por ejemplo, el *Rule of Law Index del World Justice Project*. Mientras en el año 2015 su puntuación era de 0,58, en el año 2019 ya era de 0,53 y en el año 2021 de 0,52. Lo mismo ocurre en el caso de Polonia: mientras en el año 2015 su puntuación era de 0,71, en el año 2019 ya era de 0,66 y en el año 2021 de 0,64. En cualquier caso, el reciente cambio de gobierno en Polonia ha generado esperanzas de reversión.

[30] D. Adamski, «The Social Contract of Democratic Backsliding in the new "EU countries"», *Common Market Law Review*, núm. 56, 2019, p. 623.

[31] La única vez que la UE expresó reservas y extendió el control del cumplimiento de los criterios de adhesión con posterioridad a la accesión fue con Bulgaria y Rumanía, a los que se les aplicó el Mecanismo de Cooperación y Verificación, que continua vigente, aunque de manera poco exitosa. A. L. Dimitrova, «Understading Europeanization in Bulgaria and Romania: following broader European trends or still the Balkan exceptions?», *European Politics and Society*, vol. 22, núm. 2, 2021, p. 297.

de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho era el Consejo de Europa. Por tanto, la UE no debía ocuparse de cuestiones relativas al Estado de Derecho. Había, si se quiere, una división de tareas[32] y una gran confianza respecto a la estabilidad democrática e institucional del resto de socios. Esa confianza se quebrará con la ampliación hacia el Este de Europa tras la caída de los regímenes comunistas[33].

Dado que la confianza se ha quebrado por las sucesivas erosiones constitucionales en algunos Estados miembros, la UE lleva ya un tiempo preocupándose del Estado de Derecho y es por ello por lo que en la última década se han creado una serie de herramientas con el fin de prevenir y, en su caso, reparar vulneraciones a los valores fundacionales de la UE proclamados en el art. 2 TUE. Como se sabe, este artículo prevé una serie de valores y principios (*e.g.* respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto por los derechos humanos) que tienen un estatus constitucional en el ordenamiento jurídico de la UE. Y ello no solo porque la misma redacción del art. 2 así lo atestigüe («la Unión se funda…»), usando expresiones propias del derecho constitucional, sino porque así lo aseguran otras disposiciones del tratado[34].

A continuación, se hará un breve repaso a algunos de estos instrumentos, que evidencian el papel de la UE como un contrapoder en el ámbito político[35]. Se hará referencia tanto a los mecanismos más contundentes, como el procedimiento previsto en el art. 7 TUE y los procedimientos judiciales ante el TJUE, como a los instrumentos de *soft law*, como el mecanismo marco del Estado de Derecho o los informes sobre el Estado de Derecho. Asimismo, se hará referencia al último instrumento ideado por las instituciones europeas: el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

---

[32] G. De Búrca, «Beyond the Charter: How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union», *Fordham International Law Journal*, núm. 27, 2004, p. 683.

[33] W. Sadurski, «Adding Bite to Bark: The Story of Article 7, EU enlargement and Jörg Haider», *Columbia Journal of European Law*, núm. 16, 2010, p. 386.

[34] Por ejemplo, el art. 13(1) TUE afirma que la UE poseerá un marco institucional que promocionará sus valores; el art. 14(3) TUE se refiere a los requisitos democráticos mínimos en las elecciones al Parlamento Europeo que se celebran en los Estados miembros; el art. 19(1) TUE estipula los estándares mínimos del Estado de Derecho en los Estados miembros para asegurar un funcionamiento efectivo del ordenamiento jurídico europeo, como es la independencia judicial de los tribunales nacionales, puesto que son responsables de la implementación de una parte significativa del derecho de la UE. Hegedus, D., «What role for EU institutions in confronting Europe's democracy and rule of law crisis?», *German Marshall Fund Policy Paper*, núm. 4, 2019, p. 3.

[35] Para un análisis detallado de los diversos instrumentos de que dispone la UE para frenar y revertir el retroceso democrático, *vid*. N. González Campañá, «La defensa europea de la independencia del poder judicial en el marco de la protección del Estado de Derecho: la crisis del CGPJ en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022.

Artículo 7 TUE

El objetivo de la disposición no era establecer un mecanismo de expulsión para Estados miembros incumplidores, sino prevenir o revertir un eventual deterioro de los valores del art. 2 TUE en un Estado miembro privando al país de sus derechos de voto en el Consejo, con la confianza de que ello le hiciera recapacitar[36]. Se trataría de una «cuarentena moral», aislar al Estado miembro incumplidor para que no contamine el proceso de toma de decisiones[37]. Desde un principio los Estados miembros rechazaron la posibilidad de que el Tribunal de Justicia se implicara en el mecanismo de sanciones, convirtiéndolo en un procedimiento eminentemente político[38]. Ello explica el requisito de unanimidad en el Consejo Europeo para poder activar alguna sanción. El art. 7 TUE ha sido definido como una «opción nuclear», no sólo por estar concebido como la *ultima ratio*, sino también por pretender ser una herramienta disuasoria. El art. 7.1 se activó por primera vez en diciembre de 2017 contra Polonia y en septiembre de 2018 contra Hungría, pero la unanimidad exigida impidió cualquier avance en las sanciones, puesto que difícilmente uno de los países que está siendo objeto de investigación apoyará sancionar al otro, salvo que se interprete que ningún país investigado puede simultáneamente participar en el voto sobre las sanciones a otro Estado miembro[39]. Pero incluso desactivando el veto de Estados miembros que también estén bajo investigación, el requisito de la unanimidad se antoja como difícilmente superable, puesto que en el seno de las instituciones intergubernamentales de la UE hay una tradición de respeto mutuo hacia la soberanía de los otros socios. Es habitual que se eviten las votaciones en el Consejo, ya que se busca el consenso. De hecho, no se ha avanzado en ninguno de los procedimientos incoados. El Parlamento europeo ha criticado que las audiencias organizadas por el Consejo adolecen de defectos de organización y ha lamentado que no se demuestre «un compromiso verdadero de realizar progresos significativos»[40]. Cabe destacar que el nuevo gobierno polaco, encabezado por Donald Tusk, convenció en el primer semestre de 2024 a las instituciones europeas de la ausencia de riesgo contra el Estado de Derecho tras el anuncio de una serie de reformas. Aunque quizás sea pronto para evaluar los esperanzadores progresos polacos, a finales de mayo de 2024 se suspendió la aplicación

[36] W. Sadurski, *op. cit.*, p. 390.

[37] Müller, «Should the EU…», *op. cit.*, p. 144.

[38] Sadurski, *op. cit.*, p. 394.

[39] K. L. Scheppele, «EU can still block Hungary's veto on Polish sanctions», *Politico*, 11 de enero de 2016.

[40] Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de mayo de 2022, sobre audiencias en curso en virtud del art. 7, apartado 1, del TUE relativas a Polonia y Hungría (P9_TA(2022)0204).

del art. 7 TUE contra Polonia, con lo que solo se mantiene activo el procedimiento contra Hungría.

Procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la UE: el recurso por incumplimiento y la cuestión prejudicial

Las acciones judiciales ante el TJUE han sido, hasta el momento, los instrumentos más exitosos, aunque sin llegar a ser decisivos tampoco. Además, las soluciones a un caso concreto no tienen por qué suponer un verdadero avance desde el punto de vista global. Cuando Hungría decidió rebajar la edad de jubilación de jueces y apartó a un 10 por 100 de los jueces, incluyendo a presidentes de tribunales y miembros del Tribunal Supremo, la Comisión Europea activó un procedimiento de infracción alegando discriminación por edad (aunque, en realidad, la preocupación de la Comisión era el ataque a la independencia del poder judicial). El TJUE dio la razón a la Comisión[41], pero la decisión no sirvió para reinstalarlos en su anterior posición, sino para que obtuvieran una compensación, con lo que la sustitución de jueces que había previsto el gobierno quedó incólume.

Con posterioridad, el TJUE estableció una conexión directa entre el derecho de la UE y el Estado de Derecho en la famosa sentencia de 27 de febrero de 2018 en el asunto *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (C-64/16). Ello posibilita una mayor exigibilidad de los valores europeos[42]. Así, cada vez que una normativa nacional pone en peligro la independencia del poder judicial, la Comisión puede activar un procedimiento de infracción basándose en el art. 19 (1) TUE (sin buscar conexiones adicionales con el derecho de la UE). Esta jurisprudencia ha permitido una verdadera saga judicial (especialmente respecto a Polonia[43]). Sin embargo, aunque algunas de estas sentencias han servido para alertar de la situación de deterioro en estos países e incluso algunas han provocado rectificaciones, no han podido frenar retrocesos generalizados. La inacción de la UE frente a incumplimientos reiterados de sentencias ha originado fuertes críticas en la doctrina[44].

---

[41] Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012, *Comisión c Hungría*, asunto C-286/12, EU:C:2021:687.

[42] M. Schmidt y P. Bogdanowicz, «The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU», *Common Market Law Review*, núm. 55, 2018, pp. 1061 y ss.

[43] Se hace un repaso a esta saga judicial en N. Magaldi, «Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial. A propósito de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, Miasto Lowicz y otros», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 52, 2020, pp. 1-24. Debe añadirse a esta saga la sentencia de 5 de junio de 2023, Gran Sala, Comisión Europea c. Polonia, asunto C-204/21, EU:C:2021:878.

[44] L. Pech, P. Wachociec y D. Mazur, «Poland's Rule of Law Breakdown: a Five-Year Assessment of EU's (In) Action», *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 13, 2021, pp. 1-43.

Las cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE) también han ayudado a visibilizar los problemas de erosión institucional y han permitido un proceso de constitucionalización por parte del TJUE. Por ejemplo, en el asunto *Repubblika*[45] el TJUE estableció el principio de no regresión del nivel de protección de los valores del art. 2 TUE. De este modo, cualquier reforma normativa que haga retroceder las garantías o los postulados del Estado de Derecho irán contra el derecho de la UE y el TJUE así lo podría señalar.

Sobre el impacto de la jurisprudencia del TJUE en la lucha contra las erosiones constitucionales, cabe destacar varias cuestiones: (i) el TJUE se sirve de la jurisprudencia del TEDH[46]; (ii) las infracciones analizadas o las dudas resueltas por el TJUE no son meras controversias técnicas (como la falta de implementación o la aplicación tardía de una Directiva), sino que subyace en ellas un profundo enfrentamiento político entre algunos Estados miembros y las instituciones europeas; (iii) los mecanismos ante el TJUE funcionan cuando, a pesar de los conflictos, hay una voluntad decidida de continuar el proceso de integración europea y hay también cierta coincidencia en la ruta que dicho proceso ha de tomar. Cuando estos consensos básicos faltan, los mecanismos ordinarios muestran sus limitaciones, puesto que no están diseñados para abordar crisis extraordinarias. Necesariamente, este tipo de crisis se resuelven políticamente a nivel intergubernamental, puesto que, si el Estado miembro se obstina en desobedecer las sentencias del TJUE, éste cuenta con pocos mecanismos para obligar a su cumplimiento.

Mecanismo marco del Estado de Derecho

La Comisión Europea presentó en marzo de 2014 el mecanismo marco del Estado de Derecho, que permite a la Comisión entablar un diálogo estructurado con un Estado miembro para prevenir amenazas fundamentales al Estado de Derecho. Se entiende como un instrumento previo y complementario (aunque no necesariamente) al mecanismo del art. 7 TUE y, sobre todo, se ve como un ejercicio de transparencia, puesto que permite a la ciudadanía conocer la comunicación entre la Comisión y el Estado investigado.

En enero de 2016 la Comisión europea anunció que iniciaría un diálogo estructurado con Polonia (el único que ha habido hasta el mo-

---

[45] Sentencia del TJUE de 20 de abril de 2021, Gran Sala, *Repubblika*, asunto C-896/19, EU:C:2021:311.

[46] Así, por ejemplo, en la sentencia de 29 de marzo de 2022, Gran Sala, *BN y otros c. Getin Noble Bank SA*, C-132/20, EU:C:2022:235, el TJ se hace eco de la sentencia del TEDH de 1 de diciembre de 2020, *Gudmundur Andri Astradsson c. Islandia*, núm. 26374/18. Esta influencia es recíproca, ya que el TEDH también se nutre a su vez de la jurisprudencia del TJUE, como en la sentencia de 8 de noviembre de 2021, *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*, núm. 49868/19, en la que se cita la sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2019, Gran Sala, *A.K.*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982.

mento). Una de las razones principales de la Comisión Europea para activar este instrumento fueron los cambios legislativos que afectaban al Tribunal Constitucional polaco[47]. En diciembre de 2016, julio de 2017 y diciembre de 2017 la Comisión adoptó diversas recomendaciones al ver que las autoridades polacas no tomaban en cuenta las opiniones de la Comisión y promulgaban leyes en sentido contrario. El fracaso de este mecanismo hizo inevitable la activación del procedimiento del art. 7 TUE contra Polonia en diciembre de 2017, tal y como se ha indicado en párrafos anteriores.

Informes sobre el Estado de Derecho

Los informes anuales del Estado de Derecho elaborados por la Comisión Europea se empezaron a publicar en el año 2020. Se trata de un informe anual que tiene un doble objeto. Por un lado, detectar y prevenir problemas relacionados con el Estado de Derecho. Por el otro, establecer un diálogo con los Estados miembros. El diálogo iniciado en estos años ha persuadido a algunos Estados miembros a iniciar reformas (*e.g.*, Malta)[48]. Pero a menudo las advertencias de la Comisión no obtienen respuesta. El caso español es paradigmático. La Comisión, ya en el año 2020, alertaba de la anomalía que vivía el CGPJ, en funciones desde diciembre de 2018. En la edición de 2022 la Comisión fue todavía más precisa y llegó a cuantificar el número de sentencias anuales que estaba dejando de dictar el Tribunal Supremo por la falta de nuevos magistrados, dada la limitación de funciones a las que estaba sometido el CGPJ en funciones. La insistencia de la Comisión desde el año 2020 instando a la renovación inmediata del CGPJ y al cambio de sistema del modo de elección de sus miembros no surtió efecto hasta el año 2024, y solo parcialmente[49].

El objetivo de la Comisión es que los informes, al señalar las deficiencias, eviten recurrir al procedimiento de infracción. En la edición

---

[47] En los últimos años Polonia experimentó una profunda transformación constitucional, aun sin que haya habido ninguna modificación formal de la Constitución de 1997, que sigue vigente. Los múltiples cambios legales han sido impulsados gracias a la mayoría absoluta que ostentó el partido Ley y Justicia (mayoría insuficiente, sin embargo, para aprobar una reforma constitucional). A. Krzywoń, «La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): cómo cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años.», *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 41, 2018, pp. 359-379. El resultado de las elecciones de octubre de 2023 provocó un cambio de gobierno y la promesa por parte de los nuevos dirigentes del restablecimiento de la independencia judicial y el fortalecimiento del Estado de Derecho. Todavía es pronto para evaluar dicha promesa.

[48] En el capítulo dedicado a Malta del Informe sobre el Estado de Derecho del año 2021, la Comisión reconoce el avance en materia de independencia judicial gracias a las reformas implementadas en el año anterior.

[49] En febrero de 2024 la Comisión Europea, bajo el liderazgo del Comisario de Justicia Reynders, inició una insólita tarea como mediadora para intentar desbloquear la renovación del CGPJ y proceder a la reforma en el modo de elección de sus vocales. Aunque la renovación se produjo finalmente en julio de 2024, el modo de elección de sus vocales no se ha reformado según los estándares europeos.

del año 2022 la Comisión decidió incorporar por primera vez recomendaciones que se discuten en el Parlamento europeo[50]. De todos modos, la Comisión también ha recibido críticas por parte de quienes sostienen que los informes son excesivamente tibios y no son capaces de detectar indicios de deterioro institucional[51].

Los mecanismos *ex ante* como el mecanismo marco del Estado de Derecho o los informes pueden tener una importancia vital como atalayas de observación. Sin embargo, aunque necesarios e importantes, sólo sirven de complemento a instrumentos más contundentes. Sin un soporte verdaderamente coactivo, carecen de capacidad efectiva de disuasión. De hecho, el mecanismo marco del Estado de Derecho parece estar diseñado para tiempos ordinarios en los que ralentizar negociaciones permite que los ánimos se atemperen y facilita encontrar soluciones amistosas. Pero cuando las instituciones se enfrentan a gobiernos con derivas iliberales, el mecanismo marco del Estado de Derecho se convierte en un mero requisito burocrático adicional previo a la activación del art. 7 TUE[52]. Ahora bien, tampoco debe despreciarse sin más el efecto difuso que la publicación de este tipo de Opiniones pueda tener en la opinión pública del Estado miembro afectado y en general. Se trata de munición valiosa para controlar al gobierno que podrán usar los medios de comunicación o la oposición parlamentaria. En ocasiones, incluso, no es necesario ni tan siquiera activar uno de estos mecanismos. Bastan protestas más o menos formales de la Comisión y declaraciones de representantes europeos a la prensa para presionar a los gobiernos y hacerles cambiar de opinión. La crisis del CGPJ en España es un ejemplo. En octubre de 2020 los grupos parlamentarios de la mayoría (PSOE y Unidas Podemos) presentaron una proposición de ley orgánica para reformar la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. Una de las reformas propuestas era la reducción de la mayoría requerida para la elección de los doce vocales de origen judicial del CGPJ de tres quintos a mayoría absoluta en segunda votación, en caso de no obtener mayoría cualificada en primera votación. Ante las protestas públicas de la Comisión, que veía cómo habría una correlación entre la composición del CGPJ y la mayoría de gobierno, en mayo de 2021 los grupos que habían presentado la propuesta la retiraron[53].

---

[50] El Parlamento Europeo, de hecho, había solicitado que se incluyeran en este tipo de informes recomendaciones específicas. Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2022, sobre el Informe de la Comisión sobre el Estado de Derecho en 2021 (2021/2180(INI)).

[51] B. Monciunskaite, «To live and to learn: The EU Commission's failure to recognize Rule of Law deficiencies in Lithuania», *Hague Journal on the Rule of Law,* núm. 14, 2022, p. 68.

[52] L. Pech y K. L. Scheppele, «Illiberalism within: Rule of law backsliding in the EU», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 19, 2017, p. 7.

[53] González Campañá, *op. cit*., p. 481 y ss. *Vid*. también J. M. Castellà Andreu, «Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España», *DPCE Online*, núm. 4, 2022, p. 2260.

Reglamento sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión

Las instituciones han dado un paso adelante con la aprobación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. La adopción de este Reglamento, tras años de conversaciones[54], fue posible gracias a una negociación en la que se introdujeron cambios que hacen más difícil la adopción de medidas contra los Estados miembros[55].

Lo novedoso de este Reglamento es que se aplica a Estados miembros cuando se cometan vulneraciones de los principios del Estado de Derecho que afecten o amenacen con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión (art. 4). Las medidas que pueden aplicar las instituciones son, entre otras, la suspensión de los pagos previstos (art. 5). La competencia para incoar el procedimiento la tiene la Comisión Europea, pero la decisión (tanto la imposición como el levantamiento de medidas) recae en el Consejo, por mayoría cualificada (arts. 6 y 7), excluyéndose la unanimidad y, por ende, la opción del veto. Esto es particularmente significativo y lo que aleja a este mecanismo del previsto en el art. 7 TUE.

De momento, el Reglamento solo se ha aplicado a Hungría y a pesar de que la Comisión mantiene la esperanza de que conlleve cambios estructurales, todavía no ha dado los frutos que se esperaban[56]. Está por

---

[54] La idea de sancionar financieramente a los países incumplidores se ha estado discutiendo desde hace tiempo. G. Halmai, «The possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality», *Hague Journal on the Rule of Law*, núm. 11, 2019, p.180-181. En 2017 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución, de 17 de mayo, en la que solicitaba a la Comisión Europea, a la luz del deterioro del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos en Hungría, un control estricto de los fondos transferidos al gobierno húngaro, además de pedir la activación del art. 7 TUE.

[55] H. Torroja Mateu, «Aproximación general al mecanismo de condicionalidad —al respeto del Estado de Derecho en los Estados Miembros— para la protección del presupuesto de la Unión», *La Ley Unión Europea*, núm. 90, 2021, p. 55.

[56] En abril de 2022 la Comisión anunció la aplicación del Reglamento a Hungría. En septiembre de 2022, la Comisión presentó una propuesta para suspender el 65 por 100 de las obligaciones de tres programas operativos en el marco de la política de cohesión con Hungría, por un importe de 7.500 millones de euros. Siguiendo los requisitos de la Comisión, Hungría adoptó una serie de medidas. Sin embargo, la Comisión concluyó que esas correcciones no eran plenamente satisfactorias. El Consejo decidió adoptar mediante procedimiento escrito una decisión de ejecución en virtud del Reglamento de condicionalidad en lo que respecta a Hungría. Sin embargo, decidieron reducir la suspensión de fondos del 65 por 100 al 55 por 100, lo que supone aproximadamente 6.300 millones de euros. Decisión de ejecución (UE) 2022/2506 del Consejo de 15 de diciembre de 2022 sobre medidas para la protección del presupuesto de la Unión frente a la vulneración de los principios del Estado de Derecho en Hungría. (DO L 325/94, de 20 de diciembre de 2022). El 12 de enero de 2024 se publicó una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del citado Reglamento (COM(2024) 17 final, Bruselas, 12.1.2024) en la que se alegraba del compromiso del gobierno húngaro de aplicar diversas medidas correctivas. La Comisión consideró que la activación del Reglamento había

ver si este instrumento financiero, que complementa al procedimiento eminentemente político del art. 7 TUE y a los procesos judiciales ante el TJUE, significa un verdadero paso adelante en la prevención de la erosión constitucional en los Estados miembros. Por ahora es un instrumento de disuasión más en la caja de herramientas de la UE[57] y se ha visto también como un paso adelante en el proceso de constitucionalización de la UE[58].

4. LÍMITES A LA ACTUACIÓN DE LA UE COMO CONTRAPODER

Esta actuación de la UE como contrapoder, a pesar de sus efectos por ahora limitados, también debería poder ser objeto de vigilancia para evitar que, en el futuro, surja una ideología constitucional europea que sofoque la identidad constitucional de los Estados miembros. Baste como ejemplo de lo que se apunta sendas resoluciones del Parlamento Europeo. Así, la Resolución del Parlamento Europeo de 7 de julio de 2022, sobre la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de revocar el derecho al aborto en los Estados Unidos y la necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión. En dicha Resolución el Parlamento propone «incluir el derecho al aborto en la Carta» y considera que debe presentarse al Consejo una propuesta para modificar la carta en que se incluya un nuevo art. 7 bis que lleve por título «Derecho al aborto. Toda persona tiene derecho a un aborto seguro y legal»[59]. El Parlamento Europeo ya se había pronunciado respecto a una legislación polaca muy restrictiva con el aborto en otro texto, la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2021, sobre el primer aniversario de la prohibición de facto del aborto en Polonia. En el texto el Parlamento Europeo, tras recordar el socavo del Estado de Derecho en Polonia por los ataques a la independencia del poder judicial, «reitera su firme condena de la sentencia del Tribunal Constitucional ilegítimo, de 22 de octubre de 2020, en la que se

servido para estimular cambios. Sin embargo, cabe subrayar que apenas unas semanas antes, el 13 de diciembre de 2023, la Comisión publicó una Decisión de reevaluación e hizo notar que la situación que llevó a aplicar el referido Reglamento todavía no se había remediado, que las preocupaciones por los fondos europeos persistían y que, por tanto, la suspensión de fondos se mantenía. C(2023) 8999 final, Bruselas, 13.12.2023.

[57] M. Kölling, «La condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE: ¿Una protección del Estado de Derecho o una garantía para los intereses financieros de la UE?», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 37, 2022.

[58] A. Baraggia y M. Bonelli, «Linking Money to values: the new Rule of Law conditionality regulation and its constitutional challenges», *German Law Journal*, vol. 23, núm. 2, 2022, p. 132.

[59] Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2022, sobre la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de revocar el derecho al aborto en los Estados Unidos y la necesidad de garantizar el derecho al aborto y la salud de las mujeres en la Unión [2022/2742(RSP)].

establece la prohibición casi total del aborto, así como de este claro ataque contra la salud y los derechos sexuales reproductivos en Polonia».[60] Como se sabe, la regulación del aborto es una competencia exclusiva de los Estados miembros y un asunto sensible que forma parte, no cabe duda, de su identidad nacional. La ampliación o la restricción del acceso al aborto es una discusión que debe hacerse a nivel nacional. La UE debería abstenerse de mezclar la defensa del Estado de Derecho (siendo la lucha por la independencia del poder judicial y otras instituciones contra-mayoritarias una de sus principales banderas) con la promoción de una determinada ideología en ámbitos morales.

Identidad constitucional y pluralismo

El propio Derecho de la UE tiene mecanismos para evitar que una creciente actuación como contrapoder político (que puede tener efectos muy beneficiosos en la defensa de la libertad y el pluralismo en Europa) se enfrente a una rebelión de los Estados miembros y de sus altos tribunales. Ese mecanismo es el pluralismo constitucional, encapsulado, entre otros preceptos, en el art. 4.2 TUE, que establece que «[l]a Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos». Este precepto se ha interpretado como una exigencia de respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros[61]. Se trata de una cláusula muy polémica y controvertida, cuyo contenido y alcance necesita de algunas aclaraciones. La idea de respetar la identidad nacional o constitucional de los Estados miembros se encuentra en los orígenes del proceso de integración. Pero el énfasis desde el Tratado de Lisboa obedece a un intento de tranquilizar a los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros que desde hacía años lanzaban constantes advertencias a las instituciones europeas sobre su voluntad de proteger la «identidad constitucional» de sus Estados frente a las intrusiones del derecho de la UE[62]. Claramente, esta postura de los TC suponía (supone) un riesgo para la primacía del derecho europeo[63]. Dichos tribunales[64] usaron el concepto de

---

[60] Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2021, sobre el primer aniversario de la prohibición de facto del aborto en Polonia [2021/2925(RSP)].

[61] L. Besselink, «National and Constitutional Identity before and after Lisbon», *Utrecht Law Review*, núm. 6, 2010, pp. 37 y 43-44.

[62] M. Avbelj, «Theory of European Union», *European Law Review*, núm. 36, 2011, p. 833.

[63] Para un análisis detallado de la tension entre el art. 4.2 del TUE y el principio de primacía, *vid*. M. Dobbs, «Sovereingty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States?», *Yearbook of European Law*, vol. 33, núm. 1, 2014, p. 298.

[64] En concreto, la Corte Constitucional italiana (decisiones de 18 de diciembre de 1973 y de 8 de junio de 1984), el Tribunal Constitucional alemán (decisiones de 29 de mayo de 1974, de 30 de junio de 2009 y de 5 de mayo de 2020), el Tribunal Constitucional español (Declaración 1/2004), el Consejo Constitucional francés (decisión de 27 de julio de 2006).

«identidad constitucional», a pesar de ser un concepto discutido[65], para denotar el núcleo duro de sus Constituciones que no podía ser invadido por el derecho de la UE[66]. Esta controversia es un buen ejemplo de la tensión jurídica entre los diferentes ordenamientos jurídicos de la UE. La relación entre el Derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos nacionales se concibe mejor como un sistema jurídico pluralista, o un sistema constitucional de varios niveles, donde las relaciones jerárquicas de validez no se ajustan adecuadamente a la realidad jurídica actual. MacCormick introdujo el concepto de «pluralismo constitucional» en 1995 afirmando que, «[t]*he most appropriate analysis of the relations of legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical. The legal system of Member States and their common legal system of EC law are distinct but interacting systems of law and hierarchical relationships of validity within criteria of validity proper to distinct systems do not add up to any sort of all-purpose superiority of one system over another*»[67].

El derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos nacionales se han definido «como dos partes interdependientes, entretejidas y recíprocamente influyentes de una unidad»[68]. Para Maduro, los Estados miembros y la UE reclaman la soberanía con igual énfasis, pero intentan evitar conflictos directos haciendo concesiones entre sí[69]. Barber ha señalado que el sistema legal europeo pluralista dota al derecho nacional y de la UE de armas que pueden ayudar a garantizar el respeto mutuo y la moderación[70]. El art. 4.2 TUE es una expresión de este pluralismo constitucional a nivel europeo[71]. Es un reconocimiento público de la composición multinacional de la UE y un modo de mostrar respeto a las identidades nacionales de los Estados miembros[72]. Es necesario preservar la diversidad de la UE respetando las particularidades de sus Estados miembros (su identidad constitucional) si se quiere garantizar la supervivencia del proyecto europeo[73].

---

[65] M. Rosenfeld, «Constitutional Identity» en Rosenfeld, M., y Sajó, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, p. 756. *Vid*. también, Cruz, P., «Identidad Nacional y Valores de la Unión Europea: Límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE», *Revista Derecho Político*, núm. 114, 2022, p. 253.

[66] E. Cloots, *National Identity in EU Law,* Oxford University Press, 2015, p. 5.

[67] N. Maccormick, «The Maastricht Urteil: Sovereignty Now», *European Law Journal,* núm. 1, 1995, p. 265.

[68] I. Pernice, «The Treaty of Lisbon: Multi-level constitutionalism in Action», *WHI*, núm. 2, 2009, p. 26.

[69] M. Maduro, «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en Walker, N. (ed.), *Sovereignty in transition*, Hart, 2003, p. 531.

[70] N. Barber, *The Constitutional State,* Oxford University Press, 2010, p. 171.

[71] A. Von Bogdandy y S. Schill, «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, núm. 48, 2011, p. 1452.

[72] Cloots, *op. cit*., p. 179.

[73] B. Guastaferro, «Sincere Cooperation and Respect for National Identities», en Schütze, R., y Tridimas, T. (eds.), *Oxford Principles of European Union Law,* (vol. I OUP 2018), pp. 350-351.

La identidad constitucional ha sido definida como aquellos elementos tan fundamentales que deben ser preservados y protegidos de la reforma constitucional y/o que expresan algún tipo de meta-constitución o principios pre-constitucionales[74]. Hasta ahora, el TJUE ha considerado como parte de la identidad nacional la protección de la lengua nacional, el carácter republicano del Estado y la organización interna de poderes. No hace falta decir que debe haber otros elementos. Cloots ha elaborado un listado[75]: la interpretación propia sobre los derechos fundamentales (respetando el contenido mínimo exigido por compromisos internacionales); los idiomas oficiales del Estado; la estructura del Estado (unitaria, regional o federal); la relación entre los distintos poderes del Estado o la relación entre el Estado y la religión. Todos son elementos que tienden a estar ligados al carácter particular y a la auto-comprensión de la nación.

Si la identidad constitucional se refiere al núcleo de cada Estado, si trata de captar y proteger la particularidad y singularidad de cada Estado, parece razonable que a los Estados miembros se les permita desarrollar su propio concepto de identidad constitucional. Sin embargo, ello no está exento de riesgos. La deferencia absoluta dejaría al ordenamiento jurídico de la UE en una posición subordinada no deseada, poniendo en peligro la primacía, la coherencia y la aplicación uniforme del derecho de la UE. Y, sobre todo, existe el riesgo de que el pluralismo constitucional de la UE puede verse como una trampilla para que los Estados miembros de la UE eludan algunas de sus obligaciones, incluidas (y en particular) las establecidas en el art. 2 TUE. Ya en 2008 el Abogado General Maduro alertó sobre los riesgos de un uso abusivo del concepto de identidad constitucional: «es necesario señalar que ese respeto debido a la identidad constitucional de los Estados miembros no puede entenderse como una obligación absoluta de ceder a todas las normas constitucionales nacionales. Si ese fuera el caso, las constituciones nacionales podrían convertirse en instrumentos que permitieran a los Estados miembros eludir el derecho comunitario en determinados campos»[76].

De hecho, algunos gobiernos iliberales han abusado del concepto de identidad constitucional[77]. Por ejemplo, en diciembre de 2016 el Tribunal Constitucional húngaro se refirió a la identidad constitucio-

---

[74] A. Blagovjevic, «Procedures regarding National Identity Clause in National Constitutional Court's and the CJEU's Case-Law», EU and Comparative Law Issues and Challenges, núm. 1, 2017, p. 212.

[75] Cloots, *op. cit.*, p. 161.

[76] Asunto C-213/07 *Michaniki* [2018] ECLI 544, Opinión del AG Poiares Maduro, párr. 33.

[77] F. Fabbrini y A. Sajó, «The dangers of constitutional identity», *European Law Journal,* núm. 25, 2019, p. 457. *Vid*., también D. R. Kelemen y L. Pech, «The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 21, 2019, p. 61.

nal del país para justificar la negativa del gobierno a aplicar el plan de reubicación de refugiados de la UE[78]. En cuanto a Polonia, el Libro Blanco sobre la reforma del poder judicial polaco de 2018 se refirió específicamente al art. 4, apartado 2, del TUE y justificó su reforma judicial, que ya estaba bajo un riguroso escrutinio por parte de la Comisión Europea y el TJUE, sobre la base de este precepto: «Cada país tiene soluciones constitucionales específicas que están enraizadas en su historia y tradiciones legales y estas diferencias están protegidas por el derecho de los tratados de la Unión Europea. El art. 4 del Tratado de la Unión Europea citado anteriormente muestra que la Unión respeta la identidad nacional que es inherente a las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los estados miembros»[79]. Otro ejemplo: el 7 de octubre de 2021, el Tribunal Constitucional de Polonia emitió su decisión en el caso K 3/21, donde, tras una solicitud del entonces Primer Ministro de Polonia para examinar la conformidad de elementos del Tratado de la Unión Europea con la Constitución polaca, decidió, sobre la base de la soberanía y la identidad nacional de Polonia, que algunos artículos del TUE son incompatibles con la Constitución polaca[80]. Dado todo lo anterior, queda claro que es necesario combatir los riesgos de un uso abusivo del pluralismo constitucional por parte de los Estados miembros. Deben establecerse ciertas líneas rojas, como el art. 2 TUE.

Artículo 2 del TUE como «líneas rojas» o campo de juego del pluralismo constitucional en la UE

Los valores consagrados en el art. 2 TUE constituyen un conjunto de principios comunes a la UE y a sus Estados miembros. Al incluirlos en un texto legal, los redactores del Tratado de Lisboa pretendían mejorar la legitimidad de la UE[81]. Se ha dicho que «el artículo 2 TUE es el lugar de aterrizaje de una jurisprudencia en curso que, a partir de la protección de los derechos fundamentales, evolucionó gradualmente para incluir ciertos principios como valores fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE»[82].

El TJUE ya asumió algunos de estos valores como fuente de inspiración para la jurisprudencia sobre los principios generales del derecho.

---

[78] G. Halmai, «Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E(2) of the Fundamental Law», *Review of Central and East European Law*, núm. 43, 2018, p. 23.

[79] Párrafos 169, 170 y 176 del «White Paper on the Reform of the Polish Judiciary», 2018.

[80] J. Jaraczewski, «Gazing into the Abyss: The K 3/21 decision of the Polish Constitutional Tribunal», *Verfassungsblog*, 12 de octubre de 2021.

[81] T. Moorhead, «The Values of the European Union Legal Order: Constitutional Perspectives», *European Journal of Law Reform*, núm. 16, 2014, p. 7.

[82] S. F. Nicolisi, «The Contribution of the Court of Justice to the Codification of the Founding Values of the European Union», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015, p. 622.

En *Les Verts*, el TJUE se basó fundamentalmente en el valor de la democracia para legitimar al Parlamento Europeo como una institución responsable de representar los intereses de los ciudadanos de la UE[83]. En jurisprudencia más reciente, el TJUE ha desarrollado el art. 2 y lo ha convertido en un precepto judicialmente aplicable e invocable ante la Corte de Luxemburgo[84]: «según el art. 2 TUE, la UE se fundamenta en valores como el Estado de derecho, que son comunes a los Estados miembros en una sociedad en la que prevalece, entre otras cosas, la justicia. A este respecto, cabe señalar que la confianza mutua entre los Estados miembros y, en particular, sus órganos jurisdiccionales, se basa en la premisa fundamental de que los Estados miembros comparten un conjunto de valores comunes sobre los que se fundamenta la Unión Europea, tal y como se establece en el art. 2 TUE»[85].

El ordenamiento jurídico de la UE se ha engrosado al adquirir características sofisticadas más allá de la primacía y el efecto directo.[86] Los valores incluidos en el art. 2 TUE estarían conformando una identidad europea que actuaría como límite supranacional ante los reclamos sobre la identidad nacional.[87] El TJ confirmó este extremo en su sentencia de 16 de febrero de 2022 sobre la legalidad del llamado Reglamento de la condicionalidad: «Los valores contenidos en el artículo 2 TUE han sido identificados y son compartidos por los Estados miembros. Definen la propia identidad de la Unión Europea como un ordenamiento jurídico común. Por lo tanto, la Unión Europea debe ser capaz de defender esos valores, dentro de los límites de sus poderes establecidos por los Tratados. […] valores que se concretan en principios que contienen obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros»[88]. Hay que insistir en la lectura estricta que hace el TJ sobre el art. 2 TUE: valores compartidos por los Estados miembros. Ello no permite una interpretación expansiva de los derechos fundamentales. Es decir, no puede argüirse que, dado que en un Estado miembro una determinada aspiración o demanda política se configura como un derecho fundamental, el resto de Estados miembros deban asumir ese mismo postulado.

Aunque el TJUE está privado de cualquier jurisdicción directa sobre el art. 2 TUE, esto no significa que el TJUE no pueda (y no vaya a) recurrir a dicho artículo cuando tenga que evaluar la exactitud e idoneidad de argumentos jurídicos basados en la identidad constitucional de

---

[83] Asunto C-294/83 *Les Verts* [1986] ECR 01339.

[84] L. D. Spieker, «Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value crisis», *German Law Journal*, núm. 20, 2019, p. 1202.

[85] Asunto C-64/16 *Associaçâo Sindical dos Juízes Portugueses* [2018] ECLI 117, párr. 30.

[86] J. Larik, «From Speciality to a Constitutional Sense of Purpose: On the Changing Role of the Objectives of the European Union», International and Comparative Law Quarterly, vol. 63, núm. 4, 2014, p. 951.

[87] Cruz, *op. cit.*, p. 269.

[88] Asunto C-156/21, Hungary v Parliament and Council [2022] ECLI 97, párrs. 127 y 232.

un Estado miembro[89]. Al mismo tiempo, el art. 2 TUE difícilmente puede imponer obligaciones detalladas o positivas a los Estados miembros en cuanto a cómo organizar sus estructuras políticas fundamentales. Esto ignoraría el pluralismo constitucional existente en la Unión[90]. Pero el art. 2 TUE puede determinar negativamente lo que no está permitido, puede trazar líneas rojas, delimitar el campo de juego[91].

En definitiva, la UE hace bien (y debería hacer mucho más) en erigirse como un contrapoder político en la defensa de la democracia constitucional en Europa. Ahora bien, también debe ser consciente del pluralismo existente y no confundir el patrimonio constitucional común al que todos los Estados miembros se comprometieron en el momento de la adhesión con la promoción de una determinada ideología en asuntos sensibles (*i.e.* regulación del aborto, eutanasia, matrimonio entre personas del mismo sexo, alcance de la libertad religiosa,….) que conforman el «core» de la identidad nacional constitucional de los Estados miembros y al que estos no renunciaron al unirse a la UE. Como señala Jan-Werner Müller, «*the EU has always been about pluralism within common political parameters* […] *democracy and rule of law protection is about guarding boundaries to pluralism, not about reducing, let alone abolishing pluralism*»[92].

5. CONCLUSIONES

Ningún Estado miembro, ni tan siquiera aquellos que cuentan con democracias plenamente consolidadas, está inmunizado contra las derivas populistas que erosionan la democracia constitucional. Y ello es así porque la salud del Estado de Derecho no depende solo de un entramado institucional y un orden constitucional bien diseñados, sino que exige también unos prerrequisitos constitucionales que no son fáciles ni de cultivar ni de enraizar. Por ejemplo, el compromiso de la ciudadanía y de las élites políticas y económicas del país con una cultura política abierta y plural. No hay ningún mecanismo ni sanción de la UE que pueda garantizar dichos prerrequisitos, pero sí pueden

---

[89] Huelga decir que cualquier juez de un Estado miembro tiene el deber de interpretar cualquier ley nacional de conformidad con los valores del art. 2 TUE. De hecho, en lo que se ha dado en llamar doctrina *Reverse Solange*, cualquier tribunal del espacio jurídico europeo, incluido el Tribunal de Justicia, puede examinar cualquier medida nacional apoyándose en los estándares del art. 2 TUE. A. Von Bogdandy y L. D. Spieker, «Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges», *European Constitutional Law Review*, vol. 15, núm. 3, 2019, p. 407.

[90] Spieker, *op. cit.*, p. 1210.

[91] M. Taborowski *et. al.*, «Guest Editorial: A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines», *Common Market Law Review*, núm. 55, 2018, p. 989.

[92] Müller, «Should the EU…», *op. cit.*, pp. 158-159.

promoverse. Así, aun siendo conscientes de los límites del derecho, el jurista no puede resignarse y debe insistir en que el énfasis en el buen diseño institucional contribuye a forjar conciencias que aprecian el valor de la libertad y el pluralismo. La UE ha dado algunos pasos (aunque demasiado tibios) en esta dirección de promoción y defensa. Como se ha visto, en los últimos años las instituciones europeas se han dotado de instrumentos para vigilar el buen funcionamiento de las democracias constitucionales y sancionar sus desviaciones.

A la espera de ver si el despliegue del Reglamento 2020/2092 en Hungría da frutos relevantes, puede señalarse que los mecanismos de que dispone la UE no han sido del todo efectivos en la preservación de Estado de Derecho. Y ello no tanto por fallos en el diseño como por falta de voluntad política de los Estados miembros. En segundo lugar, hasta ahora, los mecanismos que se perciben como más eficaces, a pesar de la no ejecución de muchas sentencias, han sido los pronunciamientos del TJUE, en los que, al menos, se señalan claramente las graves erosiones del Estado de Derecho sin lenguaje diplomático. En tercer lugar, se ha podido percibir también una influencia recíproca entre las instituciones de la UE y los organismos del Consejo de Europa (especialmente el TEDH y la Comisión de Venecia).

Si bien parece razonable criticar la incapacidad de la Unión Europea para revertir medidas iliberales o anti-liberales, conviene no olvidar que mientras abandonar la UE siga siendo, como hasta ahora, una opción descartada por la mayoría de los ciudadanos y los gobiernos de los Estados miembros, la condición de miembro de la UE puede estar impidiendo que algunos países se aboquen a regímenes plenamente autoritarios[93]. Y en otras ocasiones, la actuación disuasoria y preventiva de instituciones europeas (a veces con meras declaraciones a la prensa por parte de representantes de la Comisión) ha evitado erosiones profundas al constreñir el comportamiento de los Estados miembros[94]. Por tanto, no cabe descartar que la UE esté ejerciendo de contrapoder político, pues puede estar evitando el colapso total antiliberal de algunos países. Finalmente, si el giro político en Polonia a raíz de las elecciones de octubre de 2023 supone, como promete el nuevo gobierno, un restablecimiento de la independencia del poder judicial, se habrá demostrado que lo decisivo para la salvaguarda de la democracia constitucional es el comportamiento de su ciudadanía, en este caso la

[93] D. Adamski, *op. cit.*, p. 629. Otros autores también han apuntado, sin embargo, el papel legitimador que tiene la UE al no actuar de manera más contundente contra este tipo de regímenes híbridos. Con las transferencias de fondos, la UE garantiza la supervivencia del sistema política iliberal húngaro. A. Bozóki y D. Hegedüs, «An externally constrained hybrid regime: Hungary in the European Union», *Democratization*, vol. 25, núm. 7, 2018, p. 1178.

[94] No puede despreciarse el efecto que puedan tener las advertencias y las críticas europeas en la opinión pública del Estado miembro investigado, tal como se demostró en la fallida reforma del modo de elección de los vocales de origen judicial del CGPJ en España.

polaca. Ahora bien, no puede tampoco excluirse que la presión ejercida por las instituciones a través de pronunciamientos políticos y judiciales haya ejercido cierta influencia en la opinión pública del país.

En conclusión, más allá de los contrapoderes clásicos internos propios de las democracias consolidadas en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, los Estados miembros están empezando hoy a conformar a la UE como un contrapoder político. Siendo conscientes de la interdependencia que supone el proceso de integración europea, se han preocupado por proteger el buen funcionamiento constitucional de sus socios (y al hacerlo, también el suyo propio). Estamos todavía en los inicios de esta nueva fase de constitucionalización europea, que exige también cierta prudencia por parte de la UE. La UE debe ser consciente de que no puede imponer una ideología constitucional que ahogue el pluralismo y las distintas sensibilidades constitucionales entre los Estados miembros. Debe exigírsele a la UE deferencia y respeto al pluralismo constitucional de los Estados miembros, al menos mientras estos actúen dentro de los límites establecidos en el art. 2 TUE.

6. BIBLIOGRAFÍA

Adamski, D., «The Social Contract of Democratic Backsliding in the new "EU countries"», *Common Market Law Review*, núm. 56, 2019.

Ares Castro-Conde, C., «El sistema de alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea y los parlamentos autonómicos: diagnosis y prognosis», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 136, 2007.

Avbelj, M., «Theory of European Union», *European Law Review*, núm. 36, 2011.

Baraggia, A. y Bonelli, M., «Linking Money to values: the new Rule of Law conditionality regulation and its constitutional challenges», *German Law Journal,* vol. 23, núm. 2, 2022.

Barber, N., *The Constitutional State,* Oxford University Press, 2010.

Besselink, L., «National and Constitutional Identity before and after Lisbon», *Utrecht Law Review*, núm. 6, 2010.

Blagovjevic, A., «Procedures regarding National Identity Clause in National Constitutional Court's and the CJEU's Case-Law», *EU and Comparative Law Issues and Challenges*, núm. 1, 2017.

Bozóki, A., y Hegedüs, D., «An externally constrained hybrid regime: Hungary in the European Union», *Democratization*, vol. 25, núm. 7, 2018.

Castellà Andreu, J. M., «La aportación de la Comisión de Venecia a la preservación del Estado de Derecho», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 38, 2023.

— «Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España», *DPCE Online*, núm. 4, 2022.

— y Simonelli, M. A., «Populism and contemporary democracy», en Castellà Andreu, J. M. y Simonelli, M. A. (eds.), *Populism and Contemporary Democracy in Europe*, Londres, Palgrave MacMillan, 2022.

Cloots, E., *National Identity in EU Law,* Oxford University Press, 2015.
Corrias, L., «Populism in a Constitutional key: constituent power, popular sovereignty and constitutional identity», *European Constitutional Law Review*, núm. 12 (1), 2016.
Cruz, P., «Identidad Nacional y Valores de la Unión Europea: Límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE», *Revista Derecho Político*, núm. 114, 2022.
De Búrca, G., «The quest for legitimacy in the European Union», *Modern Law Review*, vol. 59, núm. 3, 1996.
— «Beyond the Charter: How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union», *Fordham International Law Journal*, núm. 27, 2004.
Dimitrova, A. L., «Understading Europeanization in Bulgaria and Romania: following broader European trends or still the Balkan exceptions?», *European Politics and Society*, vol. 22, núm. 2, 2021.
Dobbs, M., «Sovereingty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States?», *Yearbook of European Law*, vol. 33, núm. 1, 2014.
Fabbrini, F. y Sajó, A., «The dangers of constitutional identity», *European Law Journal*, núm. 25, 2019.
Follesdal, A. y Hix, S., «Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik,» *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, núm. 3, 2006.
Ginsburg, T. y Huq, A. Z., *How to save a constitutional democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018.
González Campañá, N., «La defensa europea de la independencia del poder judicial en el marco de la protección del Estado de Derecho: la crisis del CGPJ en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022.
Grimm, D., «Does Europe Need a Constitution?», *European Law Journal*, vol. 1, núm. 2, 1995.
Guastaferro, B., «Sincere Cooperation and Respect for National Identities», en Schütze, R., y Tridimas, T., (eds.), *Oxford Principles of European Union Law* (vol. I OUP 2018).
Halmai, G., «Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E(2) of the Fundamental Law», *Review of Central and East European Law*, núm. 43, 2018.
— «The possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality», *Hague Journal on the Rule of Law*, núm. 11, 2019.
Hegedus, D., «What role for EU institutions in confronting Europe's democracy and rule of law crisis?», *German Marshall Fund Policy Paper*, núm. 4, 2019.
Jaraczewski, J., «*Gazing into the Abyss: The K 3/21 decision of the Polish Constitutional Tribunal», Verfassungsblog*, 12 de octubre de 2021.
Kelemen, D. R., y Pech, L., «The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 21, 2019.
Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, Ciudad de México, Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Kölling, M., «La condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE: ¿Una protección del Estado de Derecho o una garantía para los intereses financieros de la UE?», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 37, 2022.
Komarek, J., «The EU is more than a constraint on populist democracy», *Verfassungsblog*, 25 de marzo de 2013.
Krastev, I., *After Europe*, Philadelphia, University of Pennsylvannia Press, 2017.
Krzywoń, A., «La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): cómo cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años.», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018.
Larik, J., «From Speciality to a Constitutional Sense of Purpose: On the Changing Role of the Objectives of the European Union», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, núm. 4, 2014.
Maccormick, N., «The Maastricht Urteil: Sovereignty Now», *European Law Journal*, núm. 1, 1995.
Maduro, M., «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en Walker, N., (ed.), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart, 2003.
Magaldi, N., «Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial. A propósito de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, Miasto Lowicz y otros», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 52, 2020.
Majone, G., «The Rise of the Regulatory State in Europe», *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, 1994.
Martinico, G., *Filtering populist claims to fight populism*, Cambridge University Press, 2022.
Monciunskaite, B., «To live and to learn: The EU Commission's failure to recognize Rule of Law deficiencies in Lithuania», *Hague Journal on the Rule of Law*, núm. 14, 2022.
Moorhead, T., «The Values of the European Union Legal Order: Constitutional Perspectives», *European Journal of Law Reform*, núm. 16, 2014.
Moravcsik, A., «In defence of the «democratic deficit»: reassessing legitimacy in the European Union,» *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, núm. 4, 2002.
Mudde, C., «Are populists friends or foes of constitutionalism?», *Policy Brief FLJS*, 4, 2013.
Müller, J. W., «Should the EU protect democracy and the Rule of Law inside Member States?», *European Law Journal*, vol. 21, núm. 2, 2015.
— *¿Qué es el populismo?*, Ciudad de México, Grano de Sal, 2017
Nicolisi, S. F., «The Contribution of the Court of Justice to the Codification of the Founding Values of the European Union», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015.
Pech, L. y Scheppele, K. L., «Illiberalism within: Rule of law backsliding in the EU», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 19, 2017.
Pech, L., Wachociec, P. y Mazur, D., «Poland's Rule of Law Breakdown: a Five-Year Assessment of EU's (In) Action», *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 13, 2021.
Pernice, I., «The Treaty of Lisbon: Multi-level constitutionalism in Action», *WHI*, núm. 2, 2009.

Raunio, T., «Always one step behind? National legislatures and the European Union», *Government and Opposition*, vol. 34, núm. 2, 1999.
Rosenfeld, M., «Constitutional Identity» en Rosenfeld, M., y Sajó, A., (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012.
Sadurski, W., «Adding Bite to Bark: The Story of Article 7, EU enlargement and Jörg Haider», *Columbia Journal of European Law*, núm. 16, 2010.
Sánchez Margalef, H., «¿Quién quiere matar a los *Spitzenkandidaten*?», *Opinion CIDOB,* 570, 2019.
Scheppele, K. L., «EU can still block Hungary's veto on Polish sanctions», *Politico*, 11 de enero de 2016.
Schmidt, M. y Bogdanowicz, P., «The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU», *Common Market Law Review*, núm. 55, 2018.
Scholtes, J., «The complacency of legality: Constitutionalist vulnerabilities to populist constituent power», *German Law Journal*, núm. 20, 2019.
Spieker, L. D., «Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value crisis», *German Law Journal*, núm. 20, 2019.
Taborowski, M. *et. al.,* «Guest Editorial: A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines», *Common Market Law Review*, núm. 55, 2018.
Torroja Mateu, H., «Aproximación general al mecanismo de condicionalidad —al respeto del Estado de Derecho en los Estados Miembros— para la protección del presupuesto de la Unión», *La Ley Unión Europea*, núm. 90, 2021.
Van Gruisen, P., y Huysmans, M., «The early warning system and policymaking in the European Union», *European Union Politics,* vol. 21, núm. 3, 2020.
Viñuales Ferreiro, S., «La reforma de la iniciativa ciudadana europea: un nuevo impulso para la participación democrática en Europa», en Sierra Rodríguez, J., Reviriego Picón, F. y Tudela Aranda, J. (eds.), *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel*, Zaragoza, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.
Von Bogdandy, A. y Schill, S., «Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty», *Common Market Law Review*, núm. 48, 2011.
— y Spieker, L. D., «Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges», *European Constitutional Law Review*, vol. 15, núm. 3, 2019.
Weiler, J. H. H., Haltern, U., y Mayer, F., «European Democracy and its Critique. Five Uneasy Pieces», *EUI Working Paper RSC*, núm. 11, 1995.

CAPÍTULO XVII

DEMOCRACIA Y CONTRAPODER CIUDADANO: SOBRE EL «DERECHO A MOLESTAR» (O DERECHO DE REUNIÓN)

Rosario Tur Ausina
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad Miguel Hernández de Elche

1. DEMOCRACIA, *MASS MEDIA* Y OPINIÓN PÚBLICA

El derecho de reunión del art. 21 CE, en su vertiente positiva o negativa y diferenciado ya desde el inicio de las conductas y expresiones que generan violencia, es una práctica legítima en nuestros sistemas constitucionales. Tras él está la libertad de expresión, madre de la participación ciudadana, que es entendida en democracia de forma muy generosa, como instrumento contramayoritario en manos de la ciudadanía: «La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una «sociedad democrática». Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue» (STEDH *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, FJ 49).

La participación se expresa de múltiples formas. Una de ellas, en la que la ciudadanía actúa como un bloque contramayoritario frente al poder para mostrar su posicionamiento en un asunto de interés público, es el propio ejercicio del derecho de reunión; más relevante si cabe en pleno siglo XXI, cuando asistimos a un rebrote de los populismos que sin embargo mantienen el ropaje constitucional, y que se alimentan precisamente de los movimientos masivos de personas.

Frente a las concentraciones (o reuniones estáticas), las manifestaciones (en lugares de tránsito público e itinerantes) se han convertido en el ejercicio estrella del derecho de reunión, acrecentando su capacidad de influencia las redes sociales y las TIC's, junto a los clásicos medios de comunicación.

Efectivamente, las cifras han variado significativamente en las últimas décadas[1]. El porcentaje de personas que participan en mani-

[1] Una mirada histórica nos da una interesante panorámica de la importancia de este derecho fundamental en nuestro sistema político: mientras hasta 2009 la media de manifestaciones en nuestro país era de 10-12.000 anuales, desde ese momento el ascenso será imparable, produciéndose un pico significativo a partir del 2011-2013. Así frente a las, aproximadamente, 20.000 manifestaciones anuales en 2009-2010, se pasó en 2011-2013 a las 45.000, siendo 2013 el que nos ofrece la cifra más alta. Los años siguientes ofrecen un cierto descenso (menos de 40.000 anuales en 2014-2015; 33.000 en 2016), para volver a subir en 2017 (45.000) y explosionar a partir de 2018 (53.000), aunque vuelve a descender en 2019 (32.000). Las cifras anteriores corresponden a todo el Estado español (según datos del Ministerio del Interior) excepto País Vasco y Cataluña que no se contabilizan en sus anuarios estadísticos. En el caso de Cataluña, en el periodo 2009-2019, se alude a más de 49.000 manifestaciones (media de 4.463 anuales). En el caso vasco hablamos de casi 50.000 manifestaciones entre 2015 y 2018, lo que arroja un resultado paradójicamente alto, en comparación con el resto del Estado español. Estas cifras, no obstante, se refieren a manifestaciones convocadas, pues la cifra de las efectivamente celebradas se reduciría a unas 16.000. La pandemia, por razones obvias, representa un paréntesis en esta evolución: en 2019 sobre 31.000, en 2020 alrededor de 22.000, y en 2021, en torno a las 33.000. Estas cifras se mantienen sustancialmente en los años 2022 y 2023, con casi 34.000 manifestaciones en el primer caso, y cerca de 32.000 en el segundo. El número de manifestaciones es un dato relativo, pues como es bien sabido también hay que considerar el número de asistentes a las mismas. No obstante, también es cierto que, en primer lugar, el cálculo de asistentes da lugar en muchas ocasiones, a un baile sorprendente de cifras; y en segundo lugar, creemos que es conveniente reflexionar sobre el impacto de cada manifestaciones en las redes y en los medios, pues aunque tenga físicamente poca asistencia una manifestación, su impacto también ha de medirse en función de la repercusión social y mediática. Cfr. en general, E. Romanos y I. Sádaba, «Evolución de la protesta en España (2000-2017): un análisis de sus ciclos y características», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 177, 2022, pp. 89-110. (doi: 1*0.5477/cis/reis.177.89*) *https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_177_051639129349351.pdf.* El Ministerio del Interior recoge la información sobre la protesta en nuestro país en los *Anuarios Estadístico del Ministerio del Interior* (1989-2022), Secretaria General Técnica. *https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/anuarios-estadisticos-anteriores/.* Los anuarios anteriores no acogen los datos de Cataluña y País Vasco. Respecto al primero debe consultarse: Generalitat de Cataluña, Departamento interior, *Informe sobre la seguridad de Cataluña*, Gabinete Técnico del Departamento de Interior, Barcelona, 2020. *https://interior.gencat.cat/web/.content/home/010_el_departament/publicacions/seguretat/estudis_i_enquestes/informes_de_seguretat/informes_de_seguretat/02_ISC-2020-2022-07-12_ES.pdf.* Sobre el País Vasco, cfr. h*ttps://maldita.es/malditodato/20200228/pais-vasco-comunidad-con-mas-*

festaciones pasó del 20 por 100 en los años ochenta del pasado siglo, al 50 por 100 en 2000-2010. Los noventa fueron, además, un momento clave, pues se produce un incremento que obedece, en buena parte, a la protesta contra el terrorismo. Y lo mismo ocurrirá en 2011-2013: el terrorismo —en este caso global— vuelve a ser uno de los detonantes, aunque a él se le suman otros como las consecuencias de la crisis económica o el propio movimiento del 15-M, que normalizaron la cultura participativa en el espacio público físico. En la pandemia se rebajaron estas cifras, si bien esto no hizo decrecer el ansia de protesta en términos generales, pues lo que varió fue su modalidad. Recordemos la cita a la que toda la ciudadanía se vio convocada durante muchas tardes en sus propios domicilios, desde balcones y ventanas, como muestra de agradecimiento al personal sanitario, y que las redes sociales se encargaron de dinamizar. Una práctica que se extendería en todo este periodo a otras causas sociales y que mostraba, tanto la natural tendencia de la sociedad a la protesta, como las novedosas formas que podía adoptar el derecho de reunión en situaciones límite, como fue la crisis sanitaria[2].

En clave comparada, nuestro sistema político se mantiene en cifras que nos sitúan por encima de otras democracias consolidadas: nos manifestamos en términos parecidos a los franceses, el doble que los alemanes, y tres veces más que los portugueses. Mientras que el promedio total europeo se sitúa en torno a un 7,5 por 100, España se coloca en el 19,7 por 100[3].

Es sorprendente que, pese a no tener una larga tradición participativa, España se haya convertido en uno de los países con más protesta ciudadana, lo que parece coincidir genéricamente con el cansancio de la ciudadanía con el sistema. Pero tampoco ha de desecharse la idea de que las altas cifras de manifestaciones muestren, en realidad, un ejercicio de este derecho no siempre consecuente, coherente y responsable. Porque un número alto de manifestaciones no tiene por qué ser equivalente a una sólida cultura participativa, ya que en democracia no importa tanto la cantidad como la calidad de la participación.

De hecho, el incremento en el número de manifestaciones nos puede llevar a reflexionar sobre el posible carácter colectivista de la ciudadanía, que se pone de manifiesto cuando no importa tanto ni el problema ni el sujeto contra el que se protesta (ni el pecado ni el pecador), como la propia conciencia de grupo que quiere imponerse

---

convocatorias-manifestaciones-celebra-un-tercio-de-las-que-comunica/, que recoge datos del Departamento de Seguridad del País Vasco.

[2] E. García Chueca, F. Teodoro, «Pandemia y protestas sociales: las ciudades como "olla a presión" en la era COVID-19», *CIDOB notes internacionals*, 266, 2022.

[3] Datos según la Encuesta Social Europea: *https://www.europeansocialsurvey.org/about/country/spain/*. *Vid*. *https://www.rtve.es/noticias/20210602/espana-se-situa-como-potencia-mundial-manifestaciones/2097585.shtml*

frente al otro, en una especie de «efecto manada»[4]. En estos casos, la teoría de la «espiral del silencio» puede jugar un papel clave. Como nos mostraba Neumann, la ciudadanía tiende a ajustar su comportamiento a las conductas predominantes en un determinado momento, de tal forma que ello viene a generar una especie de amenaza sobre las personas individualmente consideradas, pues estas pueden sentirse aisladas cuando intentan expresar posiciones contrarias a las mayoritarias. De este modo, la ciudadanía tenderá a orientar su comportamiento en función del clima de opinión pública dominante[5].

Conviene, así, tener en cuenta estas dinámicas a las que alude Neumann sobre el comportamiento de la opinión pública en clave de control social, ya que podrían revelarse como aliadas valiosas de los populismos. Frente a ello, no obstante, se encuentra otro modelo —que convive con el anterior, y quizá con mayores dificultades para prosperar en los tiempos que corren—, que observa la opinión pública como proceso racional y donde se fomenta una ciudadanía informada y responsable que promueve e impulsa la democracia. Es la opción que baraja el profesor Solozábal y que tiene un claro enfoque habermasiano, pues se trataría de que la opinión pública se forme a través de un proceso racional de consenso social que otorga legitimidad al orden democrático. Para estos autores, las acciones comunicativas deben sujetarse a determinadas condiciones, como la existencia de un debate abierto, el fomento de la igualdad de armas en el proceso deliberativo, y la búsqueda y el alcance coordinado de posiciones razonables hasta llegar al consenso, en una especie de diálogo socrático mediante el que se trata de generar verdades comunes. Todo ello considerando que, si bien el acceso a la opinión pública está abierto y es libre, al tiempo está muy condicionada por el carácter grupal de la sociedad y por unos *mass media* que, en absoluto, son «transmisores inocentes de la realidad»[6].

El alcance de este proceso deliberativo racional no está exento de dificultades. Entre ellas, la propia cultura democrática general en la que nos movemos, pues este protagonismo de las manifestaciones no deja de contrastar con la baja participación —no electoral— a través de otros instrumentos de democracia participativa cuyo desarrollo es reciente gracias, fundamentalmente, a las iniciativas autonómicas y locales.

---

[4] V. Lapuente, «¿Somos irresponsables?», *El País*, 25 de marzo de 2018.

[5] E. Noelle-Neumann, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Barcelona, Paidós, 1995.

[6] Cfr. J. J. Solozábal Echavarría, «Opinión pública y Estado constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, 10, 1996; J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, Madrid, Editorial GG, 1981.

2. EL CONTRAPODER CIUDADANO ANTE EL ASCENSO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Si bien la crisis sanitaria ha generado nuevas formas de expresión democrática del propio derecho de reunión, en realidad años antes la innovación tecnológica había sentado las bases para impulsar un diferente modo de protesta. Y lo fue haciendo básicamente de dos formas: tanto en lo que respecta a su capacidad para movilizar a la ciudadanía, generar conciencia de grupo y contribuir al poder de convocatoria de una manifestación, como para articular nuevos modos de protesta alejados del espacio físico, con todas las dudas sobre la idoneidad de la actual regulación, que nos llevan incluso a preguntarnos si seguimos estando o no ante el ejercicio del derecho de reunión.

Es bien cierto que, con buen criterio, aunque quizá con cierto retraso, los ordenamientos jurídicos empiezan a reaccionar ante los retos y desafíos que plantea todo este despliegue tecnológico. En particular, es especialmente interesante en lo que a este estudio afecta, la respuesta ante la Inteligencia Artificial (en adelante, IA). Conscientes de que el mejor modo de hacerle frente es desde un marco de gobierno amplio, se ha aprobado por la Unión Europea el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *de Inteligencia Artificial*. Se funden así en esta norma dos elementos destinados a encontrarse no con pocos problemas: de un lado, una Europa que pretende liderar la innovación derivada de la IA y servir de este modo al impulso de la industria; y de otro, una respuesta a la ciudadanía, que podría ver mermados sus derechos y las conquistas democráticas si la solución jurídico-política a la tecnología no pone en el centro del sistema al ser humano.

En concreto, también el derecho de reunión puede verse afectado por diversos sistemas de IA, tanto en lo que atañe a las manifestaciones físicas como virtuales. Constituye una cuenta pendiente, inabarcable a través del presente estudio, ir dilucidando los beneficios y riesgos de todas las utilidades que genera la IA, pero conviene pensar ya, cuanto menos, en diversos aspectos como los siguientes: a) la organización y coordinación de las manifestaciones, en tanto los sistemas de IA pueden aumentar el poder de convocatoria al facilitarla conectando a la ciudadanía y ofreciendo todo tipo de información y datos, por lo que la capacidad de influencia sobre los manifestantes se acrecienta; b) el control de las manifestaciones, pues en aras de la seguridad y del desarrollo de la sociedad de la información cobran sentido los sistemas dirigidos a monitorear sentimientos y actitudes así como a identificar a los manifestantes; c) la participación y el impacto de las manifestaciones frente al poder, que adquieren así un efecto global sin precedentes, pues se pone en común a manifestantes de diversas procedencias contra

un poder paradójicamente alejado de su propio territorio de origen, se multiplica la proyección de la crítica contra dicho poder, y se facilita la participación en manifestaciones a personas que, por su vulnerabilidad, en el ejercicio clásico del derecho tendrían límites evidentes; y d) la autenticidad o posible desvirtuación del derecho de reunión mismo, que en realidad es un reto constante, con o sin tecnología de por medio, pues los riesgos de manipulación y la desinformación siempre existen, aunque adopten formas diversas.

El Reglamento de Inteligencia Artificial aborda todos estos problemas categorizando los riesgos que puede entrañar para la ciudadanía, aludiendo para ello a los sistemas de IA que presentan un riesgo inaceptable, un alto riesgo, un riesgo limitado y un mínimo riesgo. A partir de aquí el terreno queda abonado para tratar en detalle y con un evidente enfoque de teoría constitucional, la incidencia de la tecnología sobre nuestros derechos fundamentales.

De cualquier modo, conscientes de que las contingencias y los peligros son reales, desde nuestro punto de vista conviene atemperar las posturas catastrofistas y observar la tecnología, y en particular la IA, como una oportunidad para el progreso y el conocimiento humano. Lejos de representar sin más una amenaza para el individuo, la tecnología exige más que nunca una ciudadanía preparada, informada y formada, por lo que paradójicamente ello debería llevarnos a profundizar en el mayor y mejor conocimiento del ser humano y de su entorno, de su propia inteligencia, de sus propias capacidades y habilidades, de sus posibilidades y deseos, etcétera.

En cualquier caso, parece existir cierto consenso sobre la idea de que la tecnología no ha llegado para generar una nueva democracia en general ni una nueva democracia de protesta en particular; y tampoco para ofrecer así una completa solución a todos los problemas. La tecnología tenderá más bien a reflejar la sociedad que la produce, como demostró la misma pandemia, cuando se puso en evidencia la capacidad para adoptar nuevas formas de convivencia social, dada la intensa limitación de movimientos. La democracia no será más democracia ni funcionará por fin por el mero hecho de hacer uso de las tecnologías, pues la configuración de los valores constitucionales y de nuestros derechos depende en realidad de las dinámicas institucionales y sociales cotidianas, donde la tecnología se limita a reflejar y potenciar la cultura democrática que ya poseemos, incluidas sus distorsiones[7]. Y todo ello porque la tecnología no debe contemplarse como el fin sino como un medio para el adecuado ejercicio del derecho[8].

---

[7] B.R. Barber, «¿Hasta qué punto son democráticas las nuevas tecnologías de telecomunicación?», en VV. AA, *Internet, Derecho y Política*, Barcelona, UOC, 2009, pp. 17 ss.

[8] J. L. Martí, «Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa», *Revista de Internet, Derecho y Política*, 6, 2008, pp. 3 ss.; J. Subirats, «Los

Los conocimientos y la cultura que no sepamos generar fuera del mundo virtual no surgirán por el mero hecho de hacer uso de esa nueva comunidad, quizá porque el uso de las tecnologías y de internet está más ligado al liberalismo, como libertad del individuo expresado a través de las potencialidades de la *net freedom*, que a la democracia misma, como nos expresa Frosini[9].

3. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ NOS REUNIMOS? EL DERECHO DE REUNIÓN EN EL SIGLO XXI

Volviendo la mirada hacia el contexto histórico del derecho de reunión, se observa que este recibió en principio un reconocimiento temprano y rápido. En la primera enmienda a la Constitución de Estados Unidos (ratificada en 1791), se acepta el derecho de reunión, concebido como la asamblea pacífica de personas, junto con la libertad de cultos, y la libertad de expresión, prensa y petición. Y también este derecho se reconoce en el Título I de la Constitución Francesa de 1791. En nuestro ordenamiento, sin embargo, se daría un cierto recelo, pues su reconocimiento es tardío: en los arts. 17 y 18 de la Constitución de 1869. Parece que en líneas generales la realidad cotidiana, con una sociedad ya movilizada, superaba en cierta medida a la norma, la cual muestra desconfianza hacia la participación y, en particular, hacia el derecho de reunión.

Llegamos así, en un recorrido rápido, a la Constitución de 1978, que está impregnada de una actitud de cautela hacia la participación ciudadana en general, y cuyo contrapunto es una confianza casi plena en los partidos políticos y en la democracia representativa. Podrá verse, de hecho, que la redacción del precepto que regula el derecho de reunión irá mutando: desde la necesidad de que las reuniones al aire libre y manifestaciones cuenten con una autorización, hasta la comunicación concebida como garantía, que fue como quedó en su redacción final. Con ello es patente que las reuniones no parecen verse claramente desde el prisma de la normalidad democrática y que se mantiene una actitud un tanto ambigua[10].

Sin embargo, tomando a grandes rasgos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se percibe que ha sido notablemente generosa en el contenido y alcance del derecho, de tal modo que, desde el principio

---

dilemas de una relación inevitable. Innovación democrática y tecnologías de la información y de la comunicación», en H. Cairo-Carou (ed.), *Democracia digital. Límites y oportunidades*, Madrid, Trotta, 2002.

[9] T. E. Frosini, «Internet y Democracia», *ReDCE*, 30, 2018. Más extensamente, del mismo autor, *Liberté, Egalité, Internet*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2015.

[10] Son obras de referencia las de J.C. Gavara de Cara, *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación,* Madrid, McGraw-Hill, 1997, y J. González Pérez, *Derecho de reunión y manifestación,* Madrid, Civitas, 2002.

pro persona, configuraría restrictivamente sus límites[11]. En efecto, aunque el Tribunal no muestra en todos estos años una actitud favorable y abierta a la democracia participativa en general, sí toma el testigo de ir abriendo y normalizando el derecho de reunión como instrumento básico de canalización colectiva de la queja ciudadana. Así, en las sentencias 196/2002 y 66/1995 se esfuerza por conectar el derecho de reunión con el mismo principio democrático, de tal modo que a través de las manifestaciones se contribuye a alcanzar la normalidad democrática, *per se* inquietante e inestable. Nos encontramos ante un derecho de la persona en sociedad que es de titularidad individual y tiene un modo de ejercicio colectivo, y cuyo objetivo es la búsqueda de publicidad, repercusión y proyección de sus posicionamientos hacia los poderes públicos —y también privados—.

Es por lo tanto un derecho al servicio de otros derechos, que incentiva y promueve su ejercicio, situándose entre la libertad de expresión y las diversas modalidades de participación ciudadana, como derecho instrumental que tiene un impacto masivo y contundente en el funcionamiento del poder[12]. Además, es un instrumento especialmente valioso para las minorías, pues les permite afrontar con fuerza las decisiones que toman las fuerzas políticas —públicas, especialmente, aunque también privadas—. Se desprende de ello que esta no parece ser, en principio, una vía para el diálogo sino un elemento de presión manifiesta en manos del contrapoder ciudadano, un auténtico derecho a molestar, a mostrar reivindicaciones y posicionamientos firmes frente a otros sujetos.

Ahora bien, como a lo largo de la historia ha ocurrido con otros instrumentos democráticos, acudir a una manifestación puede ser un lujo para quienes no tienen tiempo ni recursos para ello. De este modo, el derecho de reunión muestra, por la vía de los hechos, que las personas vulnerables desde este punto de vista tienen difícil y compleja la puesta en práctica del instrumental democrático y que a veces sus causas pueden ser instrumentalizadas e incluso manipuladas. La universalidad del derecho de reunión no es tan evidente, pues los derechos democráticos han sido prerrogativas idóneas, más bien, para las clases medias o satisfactoriamente posicionadas en el sistema político-económico. Un hándicap al que obviamente hay que añadirle las carencias en materia de cultura de la participación, la cual modula, efectivamente, la impor-

[11] SSTC 196/2002, 42/2000, 66/1995, 59/1990.

[12] Para el Tribunal, el derecho de reunión tiene un «carácter de exposición pública y colectiva de ideas, opiniones o reivindicaciones», conectándose incluso con el propio debate político (STC 96/2010, FJ 4). Y se detiene, en concreto, en la relevancia fundamental que este derecho, «cauce del principio democrático participativo», posee «tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución», de modo que «para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones» (STC 106/2002, FJ 4).

tancia que la ciudadanía puede darle a la protesta para integrarla en su vida cotidiana, a pesar de la escasez y las dificultades con las que vive.

No obstante, frente a la concepción clásica del derecho de reunión como instrumento exclusivo en manos de aquellos que se sitúan «frente» o «contra» el poder (o contra las mayorías en el poder), está una visión más actual del derecho de reunión como instrumento que pretende una democracia más plena, en la que la ciudadanía está vigilante, atenta y activa ante cualquier movimiento que no le satisfaga y sobre el que, por un ejercicio de responsabilidad activa, ha de mostrar su posicionamiento, incluso aunque se sienta representada en las instituciones.

En efecto, partiendo de esta última idea, si tradicionalmente parece evocarse la naturaleza como derecho-confrontación de las reuniones, no puede descartarse otra perspectiva que se reivindica en una etapa especialmente polarizada y sujeta a los vaivenes populistas como la que se vive últimamente. Una visión que trasciende la visión amigo-enemigo instalada en nuestra democracia, pues se trata de fomentar una concepción del derecho de reunión como vía para el diálogo y cauce para el intercambio y la comunicación pública de ideas y reivindicaciones, en la defensa de los más diversos intereses; todo ello auspiciado por las nuevas tecnologías, las redes sociales e Internet.

Nos encontramos, pues, en una dinámica socio-política en la que, principalmente en las últimas décadas, confluyen al tiempo una generosa doctrina constitucional, favorable al ejercicio del derecho —y con escasas restricciones respecto a los límites—, y un aumento significativo de las protestas ciudadanas que puede inquietar al poder. Por ello, ante el riesgo de contener posibles avalanchas ciudadanas, es oportuno interrogarnos por el tipo de cultura constitucional que impregna este derecho y los derroteros que puede llegar a adquirir. Es decir, si se acepta o no como un instrumento favorable para el progreso de la democracia, o si más bien nos encontramos ante un derecho-enemigo de la democracia misma. Algunos desarrollos legales y jurisprudenciales parecen situarnos todavía en este segundo enfoque.

El derecho de reunión, como expresión particular y potente de la libertad de expresión, pone en jaque la capacidad de resistencia y la salud de nuestras democracias por su capacidad para movilizar y convulsionar a la sociedad[13]. Ello nos obliga a un repensamiento y aconseja una comprensión de los derechos democráticos más acorde a las dinámicas europeas y, concretamente, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien ejerce un importante rol de guía, y para quien la libertad de expresión en general y las reuniones en particular, no son propiamente una amenaza para el sistema ni un

[13] Sobre el estómago que tienen las democracias contemporáneas, cfr. Z. Bauman, C. Bordoni, *Estado de crisis,* Barcelona, Paidós, 2016.

ejercicio del contrapoder ciudadano confrontado al poder mismo. En definitiva, unos derechos que no deben observarse, usando el enfoque que denuncia Adela Cortina y que ha venido a instalarse en nuestras democracias, como una batalla entre enemigos o adversarios[14].

Las reuniones implican, en resumidas cuentas, la puesta en acción de uno de los instrumentos de contrapoder ciudadano —junto a tantos otros que integran la participación ciudadana—, mediante el cual la ciudadanía pretende influir, condicionar, persuadir…, o simplemente hacer reflexionar al poder público o privado. Uno de los mecanismos que habría de servir para llenar y completar la «relación vacía de relación» en que consiste la democracia representativa misma, y en la que el representante realmente se representa a sí mismo, y necesita frenos que le equilibren en el sistema[15]. Y es que por mucho que sigamos utilizando el slogan revolucionario de finales del siglo XVIII según el cual el representante representa el interés general, esta afirmación no puede ser una auténtica realidad si el poder no tiene efectivos contrapesos y se produce un diálogo constante, intenso e incluso en ocasiones tenso, aunque no violento, con la ciudadanía. Se trata así de generar una vía para la interacción con el poder durante la legislatura, con independencia de la confianza depositada en el poder a raíz de los comicios, pues la relación representativa necesita alimento cotidiano incluso cuando ambas partes coinciden en sus postulados ideológicos iniciales. Es desde este enfoque desde el que ha de leerse la prohibición del mandato imperativo del que nos habla el art. 67.2 de la Constitución, todo ello integrado en una especie de «contrato de legislatura» que la ciudadanía firma simbólicamente con sus representantes y que les obliga, no tanto a compromisos concretos como a un deber de colaboración y explicación constante. Aquella interdicción se traduce así en un deber honesto de comunicación entre el representante y el electorado, y se articula a través de la obligación de usar y potenciar los instrumentos democráticos, los frenos y contrapesos —como el derecho de reunión mismo—, para que el diálogo pueda ir encajando y los diversos intereses puedan ser cohonestados.

Por todas estas razones hemos de aceptar que, en democracia, comunicarnos conlleva discrepar, molestar e incluso inquietar y perturbar... Es el precio que pagamos por un sistema que concede altas cotas de libertad y que obliga por ello al tiempo a aumentar nuestra resiliencia socio-política. Sin embargo, esto no supone ausencia de límites, pues se requiere una exigente ponderación del derecho de reunión en sentido *pro persona* para que este derecho a molestar no derive en violencia ni tensiones innecesarias o gratuitas; es decir, para que su

[14] A. Cortina, «Para qué sirve la democracia», *El País*, 2 de junio de 2016.

[15] Idea que expone con una solidez fuera de dudas A. Garrorena, *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.

ejercicio sea legítimo en tanto no tenga lugar una alteración del orden público con peligro evidente y real para bienes y personas.

En definitiva, si demasiada protesta pública puede ser síntoma de un frívolo uso del derecho de reunión que pueda llegar a polarizar —y violentar— a la sociedad, convirtiéndose así en caldo de cultivo para los populismos, también puede tener efectos negativos para el sistema un bajo índice de participación, pues podría denotar una indeseable apatía social o la existencia de restricciones indeseables.

Como hemos anticipado, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha convertido en una guía imprescindible para los Estados en esta materia, consciente como es de que la crisis del constitucionalismo contemporáneo puede incrementar los conflictos socio-políticos y el auge de aquellas derivas de la democracia que, en nombre de la ley y bajo la apariencia de una normalidad institucional, encuentran la forma de ofrecer seguridad a la ciudadanía a cambio de una pérdida de poder ciudadano. Elementos a los que se uniría la exaltación de algún enemigo del sistema que ayude a exacerbar los miedos[16].

El Tribunal de Estrasburgo muestra su preocupación por los actos de exteriorización de la libertad de expresión y así, en diversas sentencias emblemáticas, configura distintos instrumentos democráticos bajo el genérico enfoque de un derecho a molestar liderado por las manifestaciones[17]. Para dicho Tribunal el derecho a molestar debe enmarcarse en el ámbito de la crítica política, que constituye una expresión simbólica, perfectamente legítima, de insatisfacciones y protestas. La libertad de expresión en democracia puede acoger ideas inofensivas, pero también aquellas que hieren, ofenden o importunan, pues todas ellas son legítimas en un sistema que preconiza el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura democrática. Y por ello mismo será también legítimo que podamos —y debamos— reprobar lo molesto si llega a ser inconveniente o desleal con el mismo sistema que lo ampara.

Obviamente habrá excepciones a esta generosa tolerancia, pero que deberán interpretarse, por las mismas razones, de modo restrictivo. De hecho, en democracia tendremos que medir muy bien dos aspectos. En primer lugar, en qué punto la libertad de expresión deviene ilegítima porque traspasa la línea roja y se convierte en violencia, con lesión manifiesta de otros bienes y derechos constitucionales. Pero también, en segundo lugar, que deberemos explorar las vías de acción para combatir tanto el mencionado ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión, como aquel otro que, siendo legítimo es sin embargo «inconveniente» o

---

[16] J. N. Shklar, *Gobierno de la ley y liberalismo del miedo*, Barcelona, Página Indómita, 2021.

[17] SSTEDH *Handsyde c. Reino Unido,* de 7 de diciembre de 1976; *Yilmaz Yildez c. Turquía,* de 14 de octubre de 2014; y *Stern Taulats y Roura Capellera c. España,* de 13 de marzo de 2018.

«inidóneo» por su incompatibilidad con los valores democráticos y con los bienes y derechos constitucionales. En este segundo supuesto (inidoneidad) se trata de usar vías preventivas y pedagógicas, mientras que en el primero (violencia) nos movemos en el ámbito de los mecanismos reactivos, sancionadores y de castigo, si bien siempre presididos, desde una interpretación *pro persona*, por el principio de proporcionalidad.

Del equilibrio entre estos enfoques e instrumentos, y de la necesidad de realizar adecuadamente la ponderación, nos habla el TEDH en la mencionada sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* de 2018: «La inclusión en el discurso de odio de un acto que, como el que se reprocha en este caso a los demandantes, es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión que se deriva del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión conllevarían una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH, lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna «sociedad democrática». Aunque el Tribunal no se pronuncia de modo directo sobre el tipo penal español, no deja de resultar interesante para el adecuado funcionamiento democrático del sistema político español, el sutil cuestionamiento que realiza tanto del propio orden penal, del que parece abusarse en detrimento de la vía de la educación en derechos, como del excesivo uso del mismo, pues la sobreprotección de las instituciones a través de mecanismos penales no es aconsejable en democracia[18].

Aun pareciendo una paradoja, lo cierto es que la democracia admite ser cuestionada constantemente; es más, en ello está su virtud, pues es democracia en buena parte precisamente por tal razón, por ser plural y estar abierta al amplio y tensionado debate. Sin embargo, esto no la convierte en una democracia pasiva, inerme, neutra o lenificada pues, a pesar de admitirse la crítica intensa, es al tiempo, a nuestro juicio, militante, beligerante, proactiva y empoderada, a pesar de que esto se haya negado con demasiada habitualidad. Y lo es precisamente porque coloca por delante los procedimientos, reglas e instrumentos dirigidos a equilibrar en la toma de decisiones los diferentes intereses en juego, que deben ser escrupulosamente respetados. Pero también porque privilegia y da protagonismo, defiende y protege aquellos valores y derechos que han

[18] Al respecto, *vid*. asimismo STEDH *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016. *Vid*. N. Corral Maraver, «Sentencia del TEDH en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*. Reflexiones sobre el delito de injurias a la corona y el derecho a la libertad de expresión política en España», *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020; M. A. Presno Linera, «Crónica de una condena anunciada: el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del Rey*», Teoría y realidad constitucional,* 42, 2018, pp. 539-549; C. Ortega Giménez, «Entre el control y el autocontrol en el ejercicio de la libertad de expresión. Un análisis a propósito del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*», en A. Ortega Giménez, A. Ruda González, C. Jérez Delgado (coords.), *Estudios sobre jurisprudencia Europea*, Alicante, Sepin, 2021.

sido ampliamente consensuados y cuyo cambio no tiene lugar a través de la prohibición generalizada de las ideas y sus manifestaciones, sino en el respeto a los mencionados procedimientos, especialmente garantes y reforzados. Solo desde ese esfuerzo afianzado a lo largo del tiempo de la vertiente procedimental de la democracia es posible consolidar valores, principios y derechos que constituyen una tradición largamente gestada y un compromiso articulado de modo multinivel, al tiempo que ello es adecuadamente renovado, en una especie de manutención constitucional.

Para saber hasta dónde llega la crítica en democracia, que puede ser molesta y reprobable por no encajar en los valores y bienes constitucionales, pero que es al tiempo sana para la democracia, hay que entender que en nuestro sistema político hay dos partes libres (poder y contrapoder ciudadano) que buscan el equilibrio constante. Son precisamente los mecanismos de pedagogía constitucional del sistema los que permiten llegar a dicho equilibrio, en el respeto al otro, y evitando su quiebra. La propia doctrina del Tribunal Constitucional, elaborada desde la lealtad constitucional, la contribución que pueden hacer otros tribunales en asuntos de relevancia constitucional —que podrían mejorar sus «formas» de trabajar para acercarse a la ciudadanía—, el fomento de la cultura constitucional, la educación en derechos humanos… son todas ellas vías para la construcción de una consciente y responsable democracia que defienda sus valores constitucionales.

Es en este contexto en el que hemos de ubicar el comportamiento de la opinión pública en general —sobre todo en los últimos tiempos de despliegue digital—, y el ejercicio del derecho de reunión en particular, que no deja de ser una concreta puesta en práctica colectiva de la propia libertad de expresión. De este modo, se trata de transmitir y fomentar la idea de que el derecho de reunión no es solo un derecho sin más a la protesta, sino también el ejercicio de un deber responsable para la mejora de la calidad democrática. Un aspecto éste último que constituye una cuenta pendiente dentro del sistema de derechos en su conjunto, pues la formación en derechos exige a su vez profundizar en su dimensión como deberes constitucionales, como si del reverso de la misma moneda se tratara.

Solo desde estas consideraciones es posible sentar las siguientes premisas a modo de conclusión provisional:

a) La articulación como proceso racional de la opinión pública a través del ejercicio el derecho de reunión es *per se* legítima y connatural a la democracia misma y, bajo ningún concepto, una amenaza para el sistema.

b) En el desarrollo particular de este derecho debemos pensar en cómo ha de ser el mismo para una sana y leal convivencia democrática: una acción que conlleve el respeto a las instituciones, a los servicios públicos y privados, y al resto de la ciudadanía, pues la celebración de

una reunión no solo molesta a aquel contra el que se dirige la protesta sino en general a la sociedad. Se trata de reforzar, en resumen, la vertiente del ejercicio responsable de los derechos.

c) El ejercicio del derecho de reunión en pleno siglo XXI implica una amplia, versátil y generosa participación en los asuntos públicos, acrecentada por la extraordinaria capacidad de movimientos de la ciudadanía, en múltiples espacios y de múltiples formas, físicamente y a través del espacio virtual, por lo que el ordenamiento debe ser ágil y especialmente garante ante la realidad cambiante.

4. EL DERECHO DE REUNIÓN EN EL CONTEXTO DE LA SOCIABILIDAD HUMANA

El derecho de reunión se concibe en democracia a partir de la intensa sociabilidad del ser humano. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, llega a esta conclusión desde una dimensión multinivel, y entiende que el derecho de reunión se extiende a las personas migrantes, aún sin tener regularizada su estancia en nuestro país, pues nuestro sistema político ha de ser capaz de dialogar con una ciudadanía abierta y plural, superando las fronteras y las restricciones clásicas. Se produce así, en este ámbito, una necesaria globalización jurídica, desde un concepto más generoso y abierto de democracia.

No obstante, nuestro ordenamiento aún mantiene ciertas restricciones que invitan a la reflexión. Es lo que ocurre, a grandes rasgos, con los cuerpos policiales, que pueden ejercer el derecho cuando acuden sin vestir el uniforme o sin hacer uso de su condición policial, y obviamente sin armas, lo que lógicamente es extensible a toda la ciudadanía. Y tampoco corresponde su ejercicio a las fuerzas armadas en su condición militar[19]. Si el derecho de reunión es un instrumento

[19] Al respecto, la LO 9/1983, de reguladora del derecho de reunión, dispone en su art. 4.4 que «La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica». Nada dice de los cuerpos policiales. Y en su art. 5 se dice que la autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones cuando «fueran organizadas por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil infringiendo las limitaciones impuestas en el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en el artículo 8 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil». El art. 13.1 de la LO 9/2011 señala que, si bien el militar puede ejercer el derecho de reunión, no puede «organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical», lo que genera cierta perplejidad, pues resulta complicado saber cuándo la reivindicación no tendrá carácter «político», por lo que el derecho, a pesar de reconocerse, puede resultar altamente limitado. Respecto a la Guardia Civil, el párrafo 1 del art. 8 de la LO 9/2011 que prohibía organizar reuniones o manifestaciones, fue derogado por la LO 11/2021. Pervive, de otra parte, la previsión

democrático y, en consecuencia, una vía —aunque molesta— para el diálogo y la comunicación, resulta cuestionable que en pleno siglo XXI estos cuerpos no puedan exponer y defender sus ideas y derechos con instrumentos legítimos, como un contrapoder ciudadano más. De hecho, el Tribunal Supremo reconoció su derecho a manifestarse por razones profesionales, pero no así por motivos políticos o sindicales[20]. Esta regulación ofrece, además, una oportunidad para valorar la actual configuración de nuestro modelo policial y militar, pues algunas restricciones y cautelas aún existentes parecen ligarse a una policía reactiva, represiva y coactiva, cercana al concepto de orden público, frente a un modelo de «servicio», más amable y colaborador con la ciudadanía y el poder, impregnado de una cultura participativa y de los derechos más adecuada a las modernas sociedades.

Del mismo modo, genera un debate interesante la restricción que se contiene en el art. 395 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), pues jueces y magistrados no pueden concurrir, en calidad de tales, a reuniones públicas que no tengan carácter judicial. La justificación se encuentra en la necesidad de salvaguardar el principio de independencia. Hemos de recordar que este colectivo ya mostró su discrepancia con las fuerzas políticas mayoritarias a través de diversas huelgas que tuvieron lugar en 2009 y 2018, pues como personal al servicio de la Administración de Justicia parecía legítimo que pudieran defender sus derechos laborales. Más dudas podía plantear que la protesta la pudieran realizar en tanto poder que son del Estado, por lo que es necesario no perder de vista este carácter bifronte de los miembros del poder judicial[21]. Para enfocar este debate conviene pensar en una interpretación del principio de independencia coherente con nuestras democracias del siglo XXI. En un contexto digital en el que la proyección social de las personas y de los cargos, y la capacidad comunicativa de su vida profesional y personal tiene escasos límites, mezclándose intensamente las distintas facetas de su vida, dicha independencia puede verse igualmente cuestionada cuando los miembros del poder judicial ejercen su derecho de reunión como

---

de no poder acudir a reuniones vistiendo el uniforme ni portando armas, lo que se acompaña de una advertencia final según la cual cuando acudan a una manifestación deberán respetar las exigencias de neutralidad propias de la condición de Guardia Civil. De nuevo, una circunstancia que nos plantea dudas, pues precisamente el manifestarse implica *per se* un posicionamiento determinado alejado de la neutralidad. Y respecto a la Policía Nacional, la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del régimen disciplinario, dispone en su art. 8, letra *n)* que constituye falta grave asistir de uniforme a cualquier manifestación o reunión pública. En el ámbito local, teniendo en cuenta que la normativa es dispersa, a modo de ejemplo citamos el art. 98 letra *n)* de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana, en el mismo sentido que la Ley Orgánica 4/2010 sobre la policía nacional.

[20] Sentencia 1106/2017, de 24 de marzo.

[21] Desde este enfoque amplio, *vid*. F. J. Garrido Carrillo, «Los derechos de participación política de jueces y magistrados», *Revista General de Derecho Constitucional*, 19, 2014.

particulares. Por ello resulta en cierta medida incoherente mantener hoy una prohibición que implica una tajante y contradictoria neutralidad, como si una misma persona pudiera compartimentarse en dos ámbitos. La independencia se garantiza en el ejercicio de la profesión misma, en las diversas actuaciones que la conforman, y a través del respeto a los procedimientos y a los principios de motivación y congruencia de sus resoluciones judiciales, pero también en la coherencia con sus actuaciones públicas desde el principio de lealtad y a través del mecanismo del autocontrol y no de prohibiciones incoherentes. En efecto, son a nuestro juicio otros los argumentos que pueden limitar el ejercicio del derecho de reunión de jueces y magistrados: por un lado, que como señalamos, además de pertenecer al cuerpo funcionarial, jueces y magistrados son un poder mismo. Si el derecho de reunión es un instrumento exclusivo de la ciudadanía —en forma de protesta a título individual, o formando parte de un grupo o colectivo específico—, que lo ejerce como contrapoder al poder establecido buscando el diálogo y la interacción intensa, resulta problemático que el poder judicial pueda hacer uso de él cuando ya dispone, como poder mismo que es, de los resortes adecuados para relacionarse con el Gobierno-Parlamento. Por tal razón, partiendo de la idea de que jueces y magistrados son una y no dos personas, a pesar de su carácter bifronte, parece imponerse una actuación más bien presidida por el mencionado principio de lealtad constitucional: los miembros del poder judicial deberán valorar si con su acción ponen en riesgo y hasta qué punto, su propia profesión, el mismo sistema y los derechos de la ciudadanía, y si disponen de resortes más adecuados para sus reivindicaciones, pues la justicia habla, y lo debe hacer adecuadamente a través de sus sentencias y actuaciones, y a través también de los órganos de gobierno y autodefensa instaurados en el sistema. Nos referimos al Consejo General del Poder Judicial y a las asociaciones profesionales, sobre los que deberíamos preguntarnos si efectivamente consiguen cumplir el papel para que el fueron creados, aunque este es otro debate.

Asimismo, podemos referirnos al ejercicio del derecho de reunión por parte de los propios partidos políticos. Su participación en manifestaciones, tan frecuente por lo demás, pero también su rol como coorganizadores y promotores de manifestaciones, pueden generar una peculiar distorsión del derecho de reunión y del funcionamiento del sistema de poderes y contrapoderes. Teniendo en cuenta la tendencia que existe en nuestro sistema político a que los partidos controlen y se identifiquen con las mismas instituciones, al ejercer el derecho de reunión están fagocitando, en cierta medida, a la propia ciudadanía, en una especie de patrimonializacion del derecho de queja colectiva. Desde esta perspectiva, coorganizar, ser promotores o acudir a manifestaciones supone para los partidos políticos un diálogo consigo mismo —de nuevo la relación vacía de relación—, cuando ya tienen

las instituciones públicas —el parlamento, con apoyo de redes sociales y medios de comunicación— para ello.

Distinto sería el caso si los partidos políticos fueran en nuestro sistema auténticos contrapoderes a las fuerzas políticas instaladas en el parlamento y en el gobierno, como ocurre en otros países. Es posible que en ese caso el planteamiento fuera diverso y que, como grupos de apoyo a la ciudadanía, fuera leal y legítimo que coorganizaran, fueran promotores o acudieran a las manifestaciones. Es, por lo demás, una inaceptable paradoja que los miembros del poder judicial, en tanto poder del Estado que son, tengan limitado el ejercicio de este derecho y no ocurra así con los dirigentes de los partidos y con los propios miembros del parlamento y del gobierno.

5. LA CONSTRUCCIÓN CONSTANTE DEL INTERÉS PÚBLICO

El ordenamiento jurídico determina qué es una reunión desde el punto de vista constitucional, en tanto ejercicio de un derecho fundamental. Y así la LO 9/1983 reguladora de este derecho, que desarrolla parte del art. 21 CE, y la configuración jurisprudencial al respecto, disponen que ha de existir una previa concertación, con una organización mínima, por tiempo determinado, con finalidad específica, y de carácter público. Y añade un requisito que no ha dejado de despertar críticas: la concertación ha de reunir a veinte o más personas, de tal modo que paradójicamente pasa a ser irrelevante constitucionalmente, la manifestación de un número menor de personas, cuando lo cierto es que deberían ser igualmente merecedoras de tutela[22].

Es cierto que la modalidad central del ejercicio del derecho de reunión son las «manifestaciones» (reuniones con itinerario), pero coexisten con las mismas otros tipos de reuniones que pueden llegar a cobrar valor según las circunstancias sociales y políticas y que pueden enriquecer la democracia.

a) Las reuniones en domicilios privados que nos sitúan en principio en los derechos de los arts. 18.1 y 18.3, y por lo tanto en el ámbito de la privacidad. La doctrina mantiene al respecto, sin embargo, un posicionamiento oscilante, pues hay quienes aceptan que también está en juego el derecho del art. 21 CE[23]. A favor de esta interpretación está la

[22] Por todas, la STC 193/2011.

[23] *Vid*. A. Rodríguez, «Libertades públicas (I), la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación», VV. AA, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2021, pp. 508 ss.; J. A. Montilla Martos, «Los derechos políticos: reunión, asociación, participación y petición», F. Balaguer Callejón (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 263 ss.

propia teoría de la interdependencia de los derechos, pues unos llevan a otros. Si bien es cierto que reunirse en lugares privados supone una conexión inmediata con la privacidad, también lo es que el espacio no predetermina la relevancia del debate, ya que en ese ámbito cabe del mismo modo que se contribuya a generar opinión, participando en la construcción de lo público.

No obstante, el encaje de esta teoría exige superar ciertos hándicaps, pues la configuración tradicional del derecho de reunión parte de considerar que hay una compartimentación definida entre el espacio público y el privado, y que las manifestaciones contra el poder se producen lógicamente en el espacio público y de forma física. Sin embargo, las últimas décadas han venido a mutar significativamente esta concepción en tanto se ha producido una difuminación de los espacios públicos y privados propiciada, en buena parte, por la digitalización de la sociedad. La existencia de manifestaciones a través de Internet o las que se producen mediante instrumentos digitales como los hologramas son una muestra de que, al menos, debemos atender a estas realidades para reconfigurar, si procede, nuestros derechos clásicos, y entre ellos el derecho de reunión[24]. Y ello sin que resulten alterados o recortados los derechos ligados a la privacidad. Por ello es oportuno volver a la LO 9/1983, que solo regula las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, para señalar que al amparo del art. 21 CE y desde una interpretación evolutiva de los derechos, se ha de convertir a este precepto en una norma versátil y actual, adaptada a los tiempos que vivimos. Si el mundo digital es una realidad insoslayable y al mismo tiempo queremos aumentar la calidad democrática en detrimento de los populismos, conviene entonces que el derecho de reunión se convierta en un leal aliado. Desde una lectura social del precepto ha de pensarse que el derecho de reunión es y ha sido, a poco que se bucee en la historia, un derecho que no pueden permitirse partes de la sociedad que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, pues no disponen de tiempo, recursos, facilidades e incluso salud, por lo que es necesario ampliar espacios para poder molestar de un modo universal y democráticamente constructivo.

b) Respecto a las reuniones en lugar de tránsito público y manifestaciones, se trata del modo habitual y ordinario de ejercicio de este

[24] El 10 de abril de 2015 más de 2.000 manifestantes, con imágenes tridimensionales proyectadas como hologramas, protestaron frente al Congreso contra la aprobación de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Numerosas personas, dentro y fuera de las fronteras españolas, se unieron a la protesta holografiándose y dejando sus mensajes a través de la web *www.hologramasporlalibertad.org.* Además de la capacidad de movilización concreta para la protesta, esta tuvo un enorme impacto a través de las redes sociales y de los medios de comunicación, así como por la importante cantidad de visitas de todo el mundo que recibió la mencionada web. La iniciativa pretendía denunciar una posible sociedad futura en la que las personas tendrían que recurrir al espacio virtual por no poder expresarse en las calles, pero al mismo tiempo abría la puerta a un desarrollo y potencial sin precedentes, del derecho de reunión.

derecho, objeto central de la LO 9/1983, lo que en efecto ha generado en la doctrina la inercia de identificar el derecho con esta sola modalidad. Sin embargo, la propia norma admite claramente en su art. 2 que *«Se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones de la presente Ley Orgánica»* en diversos supuestos que concreta este precepto. Y los deja abiertos a otros en su Disposición Final Primera, cuando añade que la ley *«tiene carácter general y supletorio respecto de cualquiera otras de las que se regule el ejercicio de derecho de reunión».*

Ningún problema puede haber, en consecuencia, para una actualización del derecho de reunión, como nos muestra el desarrollo y evolución, en muchas ocasiones jurisprudencial, de los derechos en general. Piénsese en la protección de datos personales, en los neuroderechos, en los retos biomédicos, y en tantos otros como, por ejemplo, la potente digitalización que experimenta nuestra sociedad.

En particular, la crisis sanitaria del covid-19 que arrancó en marzo de 2020, puso de manifiesto la importancia de contemplar tanto un derecho de reunión en sentido amplio como la propia interdependencia de los derechos[25]. La limitación de la circulación conllevó una intensa restricción de movimientos y, en cascada, impidió el ejercicio de otros derechos, como el de reunión, evidenciando lo relevante que puede ser para el sistema de derechos el principio de proporcionalidad. Las reuniones virtuales pasaron de ser una posibilidad a una necesidad durante la pandemia, articuladas en forma de movimientos de grupos a través de internet y redes sociales (Whatsapp, Facebook, Twitter…) y con un apoyo digital notable, el cual también posibilitó la concertación masiva, durante muchas tardes, de concentraciones descentralizadas desde los balcones de los domicilios particulares durante la pandemia a favor del personal sanitario[26]. No es lo importante saber si estas nuevas acciones

[25] Respecto a la afectación de la crisis sanitaria sobre el derecho de reunión, cfr. M. A. Presno Linera, «El derecho de reunión», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 2021 (Ejemplar dedicado a: *Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones*, t. I. *Reacciones y transformaciones en el Derecho Público*, F. Velasco Caballero, B. Gregoraci Fernández (coords.), pp. 107-123; J. A. Castro Fonseca, «Límites de los derechos humanos en tiempos de pandemia: el derecho de reunión», *Revista de Derechos Humanos*, 3, 2021, pp. 93-116; M. Carrillo, «Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia», *Revista del Parlamento Vasco*, 1, 2020, pp. 60-93; L. Cotino Hueso, «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario La Ley*, 9608, 2020; D. A. Lovera Parmo, «Protestas, pandemia y salud: manera, tiempo y lugar», *Revista de Derecho*, 2, 2021, pp. 137-157.

[26] A modo de ejemplo la manifestación virtual convocada para el 8 de abril de 2020 contra el Gobierno por la crisis del covid-19, y que agrupó a 435.000 personas, las concentraciones descentralizadas por diversos puntos en las ciudades al tiempo que la convocatoria de una manifestación desde los balcones a raíz de la jornada por la igualdad del 8 de marzo de 2021 y durante los días previos, o la mencionada manifestación de hologramas ante el Congreso en protesta por la Ley de Seguridad Ciudadana en abril de 2015.

sustituirán a las manifestaciones clásicas, sino empezar a responder a estos retos, pues es obvio que estamos en un mundo paralelo que pide redimensionar contornos y límites. Lo relevante es no perder de vista el marco teórico y las garantías de los derechos. Las reuniones en la red, concertadas para la defensa de ideas y opiniones y que dan lugar a verdaderas reivindicaciones, se convierten en auténticas manifestaciones virtuales necesitadas, tanto de una especial protección, como de un aprendizaje de la ciudadanía, que debe ser capaz de hacer uso de sus derechos de manera informada, formada y leal. De este modo, por un lado, el control de Internet y el cierre y bloqueo de páginas web se convierte así en un reto inexcusable[27], al tiempo que ha de profundizarse en acciones dirigidas a mejorar la educación en TICs y reducir la brecha digital. La llamada Ley de Servicios Digitales aprobada por la Unión Europea en 2022 se convierte en el marco de referencia para todo un despliegue normativo en los Estados que ya empieza a ver la luz[28]. Se trata de ejercer un efectivo control de los contenidos en línea y concretar principios y obligaciones para los distintos operadores, con el objetivo de mejorar la tutela de los derechos y evaluar los posibles riesgos, evitando la exposición a contenidos manipulados e ilícitos y a la desinformación. En concreto, y respecto a la libertad de expresión en su más amplio sentido —por lo tanto, incidiendo también en el derecho de reunión—, para limitar la moderación de contenidos por parte de las plataformas, que deben cumplir con los principios de transparencia y rendición de cuentas, y con nuevas posibilidades para la población usuaria, que podrán impugnar decisiones, presentar reclamaciones, y elegir medios extrajudiciales y judiciales para la resolución de conflictos. Esta iniciativa legal, necesaria en un mundo jurídicamente globalizado, plantea un interesante futuro, pues implica directamente a las instituciones europeas, ya que la Comisión pasa a asumir competencias para la supervisión directa de las plataformas y de los motores de búsqueda en línea de gran tamaño. Por otro lado, el aparato multinivel de tutela se completa con la creación de un Centro europeo para la transparencia algorítmica, que servirá de apoyo a la Comisión mediante servicios de asistencia técnica y asesoramiento práctico.

6. EL LÍMITE: PELIGRO MATERIAL PARA BIENES Y PERSONAS

La Constitución del 78, acompañada del Código Penal, se refiere a los límites del derecho de reunión cuando dispone en el art. 21 que estas

[27] S. Contreras Navidad, *El derecho de reunión virtual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

[28] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

sean pacíficas y sin armas; y alude al límite expreso de la alteración del orden público con peligro para bienes y personas, en cuyo caso será posible tanto la prohibición como la disolución. Estas previsiones han sido perfiladas por el Tribunal Constitucional (STC 66/1995), quien al objeto de evitar un uso distorsionado y populista del derecho dispone que:

a) La alteración del orden público no puede ser una mera sospecha de peligro o una difusa incertidumbre e inseguridad.

b) El peligro, en consonancia con lo anterior, ha de ser real y material, hasta afectar a la integridad de las personas y de los bienes.

c) No es preciso que se llegue al punto de la violencia para entender que hay alteración del orden público con peligro, pues para lo primero ya está el Código Penal, tipificando las conductas que no son pacíficas y en las que se hace uso de las armas.

d) Tampoco se identifica la alteración del orden público con un peligro para el sistema de valores o los principios, para la cohesión social o la tranquilidad cotidiana, para la paz y la seguridad, sin que quepan criterios de oportunidad ni control político, no permitiéndose por lo tanto hacer uso de una genérica conflictividad para limitar el ejercicio del derecho[29].

e) Tradicionalmente el TC ha valorado su incidencia en la circulación, ponderando de forma casuística las situaciones de peligro[30], de tal modo que la Administración ha de fundamentar que no caben modificaciones en el ejercicio del derecho antes de llegar a su prohibición.

A las perturbaciones de la seguridad ciudadana en el ejercicio del derecho de reunión se refiere en diversas ocasiones la LO 4/2015[31]. Además de remitirse en su art. 23 a la regulación de la LO 9/1983 (al art. 5, que básicamente reitera los límites constitucionales), la LO 4/2015 llega más lejos cuando concreta en el régimen sancionador el alcance de dichos límites. Así en el art. 35.1 considera infracción muy grave las reuniones o manifestaciones *«no comunicadas»* o *«prohibidas»* en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos y en sus inmediaciones, cuando se genere *«un riesgo para la vida o la integridad física de las personas».* Y, por otro lado, considera

[29] Para el TEDH se requiere que el riesgo sea real y que se generen disturbios que no pueden evitarse con medidas menos estrictas, por lo que la prohibición o disolución se convierten en la última opción (STEDH *Laguna Guzmán c. España*, de 6 de octubre de 2020). Y tampoco cabe adoptar dichas medidas cuando las críticas que pretenden los manifestantes son inadecuadas o desacertadas, por lo que las restricciones del derecho de reunión son sometidas a un estricto control por el Tribunal Europeo (STEDH *Primov y otros c. Rusia*, de 12 de junio de 2014).

[30] Así, cuando por ejemplo a causa de una manifestación sea imposible que funcionen los servicios esenciales (sanitarios, policiales…).

[31] *Vid*. M. F. Massó Garrote, «El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana LO 4/2015 de 30 de marzo», *Estudios de Deusto*, 64-2, 2016, pp. 101-126.

infracción leve la celebración de reuniones en lugares de tránsito público cuando no existe comunicación (art. 37.1), y el incumplimiento de restricciones de circulación si provocan alteraciones menores en una manifestación. Esta regulación no deja de causar cierta perplejidad, pues usa conceptos jurídicos indeterminados *(«riesgo», «alteraciones menores»)* que pueden dar lugar a una cierta arbitrariedad pues no evoca un peligro real para bienes y personas, como exige la Constitución. Y además olvida que la comunicación no es un requisito sino una garantía para el efectivo ejercicio del derecho, por lo que no debería ser sancionable sin más la falta de comunicación. La propia Comisión de Venecia, en su Opinión núm. 826/2015, de 22 de marzo, si bien parte de la jurisprudencia constitucional española, advierte de que la Ley de Seguridad Ciudadana puede dar lugar a abusos con su puesta en práctica, y que si ello es así se requiere su modificación, aunque en teoría sea constitucionalmente aceptable. Por ello, anima al legislador a llevar a cabo una evaluación detenida de su funcionamiento práctico. Además, señala que las infracciones se disponen de una forma excesivamente amplia y, sobre todo, que la Ley 4/2015 debería aceptar las manifestaciones, incluidas aquellas no comunicadas, a menos que se diera un riesgo constatable de desorden sustancial[32].

Podemos concluir, en resumidas cuentas, que con este tipo de regulaciones que evocan un «derecho administrativo del enemigo», se ejerce un efecto disuasorio poco aconsejable, y se incide en la dimensión amenazante que parece seguir acompañando a este derecho, mientras sigue siendo todavía una cuenta pendiente la educación en derechos, que podría conseguir de forma no represiva, fomentar el ejercicio responsable y leal del derecho[33]. La STC 172/2020 declara, sin embargo,

---

[32] Y tampoco tiene sentido, pues, para la Comisión de Venecia que los organizadores y promotores de manifestaciones sean responsables de una falta de comunicación, o si se incumple el formato de manifestación que se dispuso en dicha comunicación, cuando la reunión fuera espontánea o si los desórdenes no pudieron ser razonablemente previstos o evitados con los medios disponibles para aquellos. A día de hoy el legislador no ha revisado aún la norma. *Vid*. *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2021)004-e*

[33] Asimismo, se sanciona la negativa a la orden de disolver las reuniones, lo que es extraño pues esta previsión (en forma de desobediencia a la autoridad) ya se encuentra en el Código Penal. De nuevo emerge la duda de si esta repetición busca tener un efecto disuasorio. Por otro lado, nos referimos también al uso no autorizado según la LO 4/2015, de las imágenes de la policía tomadas en las manifestaciones, y que es igualmente sancionable. En este punto la STC 172/2020 elimina la expresión «no autorizado», y explica que efectúa una ponderación del derecho a la imagen con el valor de la seguridad ciudadana, lo que causa cierta extrañeza, pues es con la libertad de expresión con la que debería ponderarse. Para el Tribunal lo que se sanciona es la difusión ilícita por lo que, añade, deberá valorarse si las imágenes afectan a la vida privada o se refieren a su actividad profesional y, sobre todo, si la difusión de las mismas tiene relevancia pública. No obstante, de nuevo queda un aspecto que venimos enfatizando y que debe seguir explorándose: la propia responsabilidad de la ciudadanía cuando toma estas imágenes, pues es obvio que quizá también sería adecuado que aquella fuera educada en un ejercicio correcto de la libertad de información. El llamado «periodismo ciudadano» también exige asumir ciertos deberes de respeto y lealtad.

constitucionales todas estas medidas, pues no considera que limiten de modo injustificado ni desproporcionado el derecho, ni que provoquen efecto desaliento alguno. Quedan abiertos, en consecuencia, los efectos restrictivos de la norma, que dependerán de la aplicación de la misma[34]. Al respecto, una cautela importante es la que se contiene en el art. 23.2 y 3 LO 4/2015, y que debe impregnar toda la norma, pues exige que las medidas de intervención para mantener o restablecer la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones sean graduales y proporcionales a las circunstancias, siendo la disolución el último recurso, y requiriéndose que las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad avisen de tales medidas.

La pandemia, por la intensa afectación de la libertad de las personas que supuso, la constante incertidumbre generada, y la prudencia que resultaba exigible en la vuelta a la normalidad, evidenciaría la necesidad de ser especialmente rigurosos con cada medida adoptada. Sin embargo, el ATC 40/2020, de 30 de abril, referido a la prohibición por subdelegación del Gobierno, de una manifestación a bordo de vehículos en Vigo por la celebración del 1 de mayo, sorprende en su argumentación[35]. En lugar de incidir en los contornos del límite de la alteración del orden público, se acude a proclamaciones genéricas sobre el derecho a la integridad (art. 15 CE) y a la salud (art. 43 CE). Debe tenerse en cuenta que el art. 7.3 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no limitaba con carácter general el derecho de reunión, pues disponía la posibilidad de limitarse, condicionarse o prohibirse solo cuando *«en la previa comunicación presentada por los promotores no quede garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios»*.

---

[34] De hecho, la existencia de Protocolos en algunas Comunidades Autónomas puede aminorar estos efectos. A modo de ejemplo, el aprobado por el Departamento de Interior de la Comunidad Autónoma de Cataluña en febrero de 2022, que determina que será la Conselleria de Interior —y no los Mossos d'Esquadra— quien tramite la instrucción de los expedientes sancionadores, lo que se hará ponderando si las conductas están amparadas por la libertad de expresión o el derecho de reunión, de conformidad con la jurisprudencia del TC y del TEDH. Las sanciones cayeron significativamente durante los meses posteriores. En 2019 se empezó a tramitar una Proposición de ley para la reforma de la LO 4/2015, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco y que, entre otros aspectos, eliminaba las sanciones en el caso de manifestaciones con ausencia de comunicación y de aquellas otras que provocasen perturbaciones graves de la seguridad ciudadana ante las Cámaras legislativas. Decayó en marzo de 2023 al no alcanzarse los acuerdos políticos necesarios. En mayo de 2024 se presentaron dos nuevas proposiciones de ley por parte del Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR y de Unidas Podemos, que también inciden en estas cuestiones. En cualquier caso, la Ley de Seguridad Ciudadana está en el centro de la agenda política por diferentes aspectos polémicos que previsiblemente generarán un intenso debate político y donde los acuerdos no parecen fáciles de alcanzar.

[35] *Vid*. M. A. Presno Linera, «El derecho de reunión», *op. cit*., pp. 119 ss. Asimismo J. M. Bilbao Ubillos, «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia», en P. Biglino Campos, F. Durán Alba, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad; y A. Ituren Oliver, A. Esteve Segarra, «El ejercicio del derecho de manifestación (sindical o no) durante la pandemia por el COVID-19», *Trabajo y Derecho.* Monográfico*,* 12, 2020.

Habiendo incertidumbre respecto a posibles contagios, el Tribunal opta por legitimar la prohibición que, se señala, es lógica y necesaria, siendo así que los organizadores no dan seguridad. No se tiene en cuenta, sin embargo, que la Administración es quien tiene que modificar y exigir las condiciones, y que prohibir es la última de las posibilidades. Así viene exigido por los principios de proporcionalidad y *favor libertatis*, que obligan a realizar una interpretación ajustada y coherente, al tiempo que restrictiva de los límites y expansiva del derecho mismo. En resumen, el TC se olvida de la elaborada doctrina articulada desde años atrás, y lamina la dimensión de contrapoder que es consustancial al ejercicio del derecho de reunión, pues hace valoraciones preventivas y poco ajustadas a las circunstancias del caso[36]. Más acertada a nuestro juicio es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 30 de abril de 2020, en la que se dispone que la Administración no ha explicado por qué no hay riesgo objetivo de contagio y de propagación del virus, por lo que no sería legítima la modificación de las condiciones[37].

En resumidas cuentas, faltó en la resolución del TC la aplicación pertinente del principio de proporcionalidad[38], que implica valorar, 1) si la prohibición es idónea para alcanzar el fin constitucional legítimo —evitar el peligro—; 2) si es necesaria o imprescindible, es decir, si no hay medidas menos gravosas, como la propia modificación de condiciones; y 3) si genera más beneficios o ventajas para el interés general (el derecho a la salud) que perjuicios sobre otros bienes o derechos (la protesta). De las tres, el TC solo valoró el tercer elemento, lo que supone una excesiva deferencia hacia la Administración, pues en materia de derechos fundamentales el control ha de ser pleno o total[39].

Tras el anterior episodio, el TC se pronuncia en sentencia 148/2021 sobre la limitación que el art. 7.3 del Real Decreto 463/2020 contiene respecto al derecho de reunión, para sostener que el mismo no estaba prohibido, más allá de referirse a la garantía de la «*distancia personal*

---

[36] En parecido sentido el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (resolución de 28 de abril de 2020), que simplemente aludía, de forma genérica también, a los riesgos para la salud pública, a los que igualmente se refería la prohibición de subdelegación del Gobierno, y que merman la participación ciudadana.

[37] Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de abril de 2020, que anula la prohibición acordada por la Administración. Y en consonancia con estas resoluciones, la de la Corte Constitucional federal alemana de 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20) en la que se señala que la Administración no valoró en el caso concreto las condiciones para acordar la prohibición. Sin embargo, El Tribunal Constitucional omite la anterior doctrina, aunque la cita, porque la manifestación que enjuicia no podía celebrarse otro día.

[38] M. A. Presno Linera, «El derecho de reunión», *op. cit.,* p. 121.

[39] Con posterioridad, en fecha 21 de octubre de 2020, el TC admitió el recurso, que ahora sí fue avocado al Pleno, y que cuestiona el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ofreciéndole la oportunidad de reencauzar el asunto. Recuérdese al respecto el malestar que generaría en abril de 2020 el hecho de que el asunto inadmitido a trámite por el comentado ATC 40/2020, no se avocara al Pleno.

necesaria para impedir los contagios», por lo que su ejercicio continuaba rigiéndose por la LO 9/1983. A pesar de ello, el Tribunal, en sentencia 61/2023 vuelve a desestimar el amparo presentado contra la prohibición de una manifestación en Sevilla convocada para el 30 de abril de 2020. De nuevo, se apoya en el hecho de que la prohibición es adecuada por la situación sanitaria y para evitar contagios, pero no parece ajustarse, ni a la motivación que venía siendo habitual en la doctrina constitucional, ni al juicio de proporcionalidad requerido, ya que debió procederse a una ponderación exhaustiva —que no llevó a cabo la Administración— sobre las circunstancias referidas al lugar, modo y tiempo que permitieran justificar una prohibición. Como se expone en diversos votos particulares a la sentencia, la mera situación de riesgo no permite fundar la prohibición del derecho de reunión. Siendo complejo confiar en la ciudadanía en este caso -pues la manifestación no era en vehículos, como en el anterior caso—, la obligación de la Administración tendría que haber ido primero por la vía de la búsqueda de la mayor eficacia en la protección, para lo que era necesario hacer un mayor esfuerzo de ponderación, justificación y argumentación, aun habiendo riesgos concretos, tanto por parte del Tribunal como por la propia Administración pública. Aunque en este caso hubiera podido existir un riesgo concreto, conviene no perder de vista otros momentos de la pandemia donde no estaba tan claro. En tales casos, de no ser posible transmitir a la ciudadanía el control de la situación, ha de advertirse honestamente a la sociedad de que no se tienen todos los datos y que las decisiones están en sus manos, pues, con matices, tan responsable es aquella como la Administración del buen desarrollo de la vida cotidiana. Un paternalismo excesivo por la Administración, con la apelación a riesgos abstractos, puede ser la excusa perfecta y el caldo de cultivo idóneo para un populismo encubierto.

Una orientación diversa encontramos, sin embargo, en las SSTC 164/2023 y 188/2023, relativas a la prohibición por parte de la Delegación del Gobierno de Madrid, de la celebración de una manifestación el día 8 de marzo de 2021. En este caso el Tribunal se inclina por considerar que la prohibición gubernativa vulneró el art. 21 CE y supuso una restricción desproporcionada del derecho de reunión, entendiendo que las circunstancias son diversas a las que motivaron las resoluciones 61, 84 y 88/2023, pues en el presente caso se trata del segundo Estado de alarma por la pandemia. Aunque la motivación específica de la Delegación del Gobierno es suficiente por atender a las circunstancias y al contexto en que se pretendía celebrar la reunión, la prohibición no cumplió, sin embargo, con el juicio de proporcionalidad y, en consecuencia, fue ilegítima. Así, sostiene que «la medida de prohibición supuso la máxima afectación del derecho fundamental, con un bajo valor de utilidad para el fin de preservar la salud pública, pues concurría ya en aquel momento una realidad muy distinta a la existente

durante la vigencia del primer estado de alarma provocado por la pandemia del virus COVID-19. El resultado del juicio de proporcionalidad estricta revela como muy escasa la incidencia que la prohibición de la reunión reivindicativa convocada tendría en el riesgo de contagio y, por ello, la poca relevancia que aportaría a la satisfacción del interés general, representado por la salud pública, finalidad que justificaba la intervención de la autoridad gubernativa». Resulta de interés en este caso observar cómo el Tribunal lleva a cabo una singular tarea de comparación con diversos tipos de actividades, cuántas personas, y en qué tipo de lugares se permitían las reuniones a la luz del marco dictado por las Administraciones públicas en este momento de la pandemia, acompañándolo de otros datos adicionales como los hábitos instaurados en la población (uso de mascarillas, distancias interpersonales,…), el estado en que se encontraba la política de vacunación, o el avance en los mecanismos de detección del contagio. Se nos ofrece, así, una doctrina constitucional más ponderada y equilibrada, ajustada al caso enjuiciado.

Más allá de la pandemia, determinados episodios ponen en jaque el derecho de reunión e invitan a reflexionar sobre la configuración de este derecho como un adecuado instrumento de contrapoder ciudadano, evitando así usos interesados y populistas del mismo.

a) Las manifestaciones ante los Parlamentos, que fueron sancionadas por la LO 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana (art. 36.2), y que se refieren a las «perturbaciones graves» causadas por reuniones ante dichas instituciones incluso cuando no están reunidas. La medida prevista en la norma implica la sanción de una mera protesta que resulta discutible, pues es precisamente ante las instituciones públicas donde cobra especial sentido la crítica. Sin embargo, la STC 172/2020 ya citada resolvió que esta prohibición normativa era constitucional, pues se trataba de evitar que se impida el normal funcionamiento de las instituciones, así como la desconsideración del carácter simbólico que tiene la institución parlamentaria, su significado institucional. Para la magistrada Balaguer que emite un voto particular, sin embargo, esta y cualquier manifestación es un cauce político-participativo de diálogo entre la sociedad y las instituciones, pareciendo que se quiere concebir el derecho de reunión como una amenaza para la democracia. Es evidente que no se ha tenido en cuenta la concepción fijada por el TEDH a la que venimos aludiendo y que conmina a los Estados, precisamente, a que aumenten su resiliencia democrática.

b) Sobre los escraches, o protestas ante domicilios particulares de los miembros de la clase política, no se pronuncia la LO 4/2015 de Seguridad Ciudadana, generándose con ello una curiosa paradoja, pues no se puede protestar ante los Parlamentos, donde por cierto la protesta cobra todo su sentido, pues se trata de la crítica política por excelencia, y sí ante domicilios privados. En estos últimos casos se plantean, de he-

cho, problemas adicionales, pues se requiere una adecuada ponderación con el derecho a la privacidad de la clase política, que tiene también una dimensión privada y familiar, un ámbito inmune a las injerencias externas, de mayor relevancia incluso cuando hay menores.

c) La LO 4/2015 ha tenido una proyección específica sobre las protestas por los desahucios, que son sancionadas en concreto cuando se refiere a los actos de obstrucción que pretendan impedir a las autoridades el ejercicio de sus funciones (art. 36.4). Da la impresión, de nuevo, de que el objetivo ha sido el de disuadir de estas protestas.

d) La ocupación de inmuebles, que se contempla como sanción leve en la LO 4/2015 (art. 37.7), con el problema que representa el hecho de que se quiera sancionar a quien ocupa un espacio para protestar. De nuevo el carácter disuasorio de la medida, más allá del estricto concepto constitucional de alteración del orden público con peligro para bienes y personas.

e) Las reuniones en la jornada de reflexión previa a un proceso electoral plantean también ciertas dudas. En concreto, la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), en su art. 53 prohíbe difundir propaganda electoral en este periodo temporal, pero no impide la celebración de reuniones a menos que sea evidente que se quiere captar el voto, lo que resulta difícil —o casi imposible— de valorar[40]. Nuevamente pervive en el ordenamiento una concepción amenazante de la participación ciudadana, pues en plena sociedad de la información, impulsada por el avance tecnológico, quizá resulte un tanto arcaica la previsión de la LOREG, con una medida que muestra una actitud paternalista sobre el cuerpo electoral. Ningún problema debería haber, en una sociedad abierta a la crítica y el debate democrático, para ejercer una libertad de expresión sin fronteras (con el límite del peligro real y la violencia), pudiéndose pedir directa o indirectamente el voto hasta el mismo día de las elecciones, más si cabe ante el avance y uso de las TICs y de las redes sociales.

f) Las manifestaciones reiteradas no pueden ser tratadas como una alteración del orden público con peligro para bienes y personas (STC 24/2015)[41]. Pero ello no impide entender, volviendo a la misma lógica, que puede ser una medida poco leal, irresponsable e incluso inconveniente cuando la reiteración conlleva un uso abusivo, por gratuito, de la

[40] Hemos de recordar episodios especialmente convulsos al respecto, como el impacto de las manifestaciones del 13 de marzo de 2004, un día antes de la celebración de elecciones generales, a raíz de los atentados de Atocha; así como el movimiento del 15 M, en 2011, y la problemática surgida a raíz de la prohibición por la Junta Electoral el 19 de mayo, de la acampada en la Plaza Puerta del Sol, en Madrid.

[41] A modo de ejemplo, la ocupación reiterada de la Avenida Meridiana, en Barcelona, por parte de diversos manifestantes a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2019, por la celebración del referéndum para la independencia de Cataluña el 1 de octubre de 2017.

misma. El problema, no obstante, es cuando el contrapoder ciudadano no tiene más medios de presión para seguir molestando, pues entonces hay que reconocer que es difícil que la ciudadanía pueda fijar los límites de su autocontrol. De ahí la importancia de una pedagogía constitucional que enfatice los «molestos» deberes que conllevan nuestros derechos. De nuevo, y como tantas veces decimos, convendría prestar más atención a ello en el marco de nuestro sistema educativo… pero también reflexionar sobre quien o quienes son los que han de empezar por dar ejemplo y aplicarlo en su quehacer cotidiano (clase política, profesionales de la Administración de Justicia y de todo el sistema educativo, medios de comunicación…).

7. A MODO DE CONCLUSIÓN. CONTROL Y AUTOCONTROL EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A MOLESTAR

El significado que debe darse al derecho de reunión en una democracia de calidad y el rol que la Administración tiene, son dos elementos clave en una época de auge de tendencias populistas, cuando es necesario ajustar los equilibrios entre las instituciones y la ciudadanía. Ya en época constituyente se trató, precisamente, de rebajar los controles: de una autorización para ejercer el derecho, a una mera comunicación; y tras ella, en consecuencia, el debate entre una concepción de la comunicación como límite para el ejercicio del derecho, y una garantía para su mejor y más adecuado ejercicio.

Desde entonces, la jurisprudencia ha buscado en líneas generales y hasta época reciente, un generoso ejercicio del derecho a molestar que permitiera convertir a la ciudadanía en un verdadero contrapoder. Para el Tribunal Constitucional (sentencia 196/2002), la comunicación a la Administración de una reunión debía servir para que la vía pública no fuera concebida únicamente como un espacio para circular, sino también para la participación ciudadana. Y por ello sus esfuerzos han ido encaminados a convertir este requisito en una auténtica garantía para el derecho, pues se trata de facilitar su ejercicio en condiciones, sin perturbaciones. De aquí su concepción como mera declaración de conocimiento, que permite a la Administración modificar y ajustar, antes que prohibir, modulando los elementos de la reunión. Desde dichas premisas las reuniones no comunicadas no deberían ser sin más ilícitas ni sancionables. Pero también es cierto que al mismo tiempo la ciudadanía debería llegar a comprender que un ejercicio responsable del derecho conlleva hacer uso de la comunicación, no solo para el mejor desarrollo, libre y pacífico, de la manifestación o concentración, sino también para contribuir a una vida más cómoda y amable del resto de la sociedad. Porque también la ciudadanía, y no solo los poderes públicos y privados, debería tener un comportamiento leal con el sistema

político, lo que implica tener en cuenta los efectos que generamos con nuestras propias actitudes y actividades y, en consecuencia, potenciar el autocontrol como medida de compromiso con el orden constitucional. Como señaló el TEDH, «Cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume «deberes y responsabilidades», cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado» (STEDH *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, FJ 49).

La jurisprudencia del TEDH en general, y la del Tribunal Constitucional respecto al derecho de reunión, dejando al margen la experiencia de la pandemia, se han mostrado favorables a la interpretación extensiva del derecho de reunión, pues la discrecionalidad administrativa ha de ser muy limitada. Sin embargo, el clima hostil de fondo que late en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la libertad de expresión en general, y en concreto el marco que representa la Ley de Seguridad Ciudadana y la sentencia que se pronuncia sobre la misma, no son favorables a observar el derecho de reunión como un instrumento participativo pleno, en una cierta involución, pues parecen inscribirse más bien en la dinámica del populismo punitivo o sancionador, que no está dispuesto a tolerar manifestaciones incómodas para el poder.

Los momentos actuales, inmersos en tendencias populistas que erosionan la democracia, exigen reflexiones, actitudes y propuestas que vuelvan a reequilibrar a los diferentes actores del sistema político y superen la desconfianza —hacia la ciudadanía y hacia los poderes— en la que aquel se ha instalado.

Procede, en pleno siglo XXI, repensar el derecho de reunión y, con él la propia libertad de expresión. La democracia exige partir de la legitimidad del derecho a molestar que nos ocupa, así como de la potestad de la ciudadanía para ejercer la protesta social en forma de constructivo contrapoder. Es necesario enfocar los derechos de corte democrático desde la pedagogía constitucional y la prevención, empezando a dejar de lado la dimensión represora y reactiva que, aunque necesaria, es claramente insuficiente.

8. BIBLIOGRAFÍA

Barber, B.R., «¿Hasta qué punto son democráticas las nuevas tecnologías de telecomunicación?», en VV. AA., *Internet, Derecho y Política*, Barcelona, UOC, 2009.

Bauman, Z., Bordoni, C., *Estado de crisis,* Barcelona, Paidós, 2016.

Bilbao Ubillos, J. A., «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia», en Biglino Campos, P., Durán Alba, F., *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad.

Carrillo, M., «Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia», *Revista del Parlamento Vasco*, 1, 2020.

Castro Fonseca, J. A., «Límites de los derechos humanos en tiempos de pandemia: el derecho de reunión», *Revista de Derechos Humanos*, 3, 2021.
Contreras Navidad, S., *El derecho de reunión virtual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
Corral Maraver, N., «Sentencia del TEDH en el asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España. Reflexiones sobre el delito de injurias a la corona y el derecho a la libertad de expresión política en España», *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020.
Cortina, A., «Para qué sirve la democracia», *El País*, 2 de junio de 2016.
Cotino Hueso, L., «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario La Ley*, 9608, 2020.
Frosini, T.E., «Internet y Democracia», *ReDCE*, 30, 2018.
— *Liberté, Egalité, Internet* , Nápoles, Editoriale Scientifica, 2015.
García Chueca, E., Teodoro, F., «Pandemia y protestas sociales: las ciudades como "olla a presión" en la era COVID-19», *CIDOB notes internacionals*, 266, 2022.
Garrido Carrillo, F.J., «Los derechos de participación política de jueces y magistrados», *Revista General de Derecho Constitucional*, 19, 2014.
Garrorena, A., *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.
Gavara de Cara**,** J.C., *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación,* Madrid, McGraw-Hill, 1997**.**
González Pérez, J., *Derecho de reunión y manifestación,* Madrid, Civitas, 2002.
Habermas, J., *Historia y crítica de la opinión pública*, Madrid, Editorial GG, 1981.
Ituren Oliver, A., Esteve Segarra, A., «El ejercicio del derecho de manifestación (sindical o no) durante la pandemia por el COVID-19», *Trabajo y Derecho.* Monográfico*,* 12, 2020.
Lapuente, V., «¿Somos irresponsables?», *El País*, 25 de marzo de 2018.
Lovera Parmo, D. A., «Protestas, pandemia y salud: manera, tiempo y lugar», *Revista de Derecho*, 2, 2021.
Martí, J. L., «Alguna precisión sobre las nuevas tecnologías y la democracia deliberativa y participativa», *Revista de Internet, Derecho y Política*, 6, 2008.
Massó Garrote, «El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana LO 4/2015 de 30 de marzo», *Estudios de Deusto*, 64-2, 2016, pp. 101-126.
Montilla Martos, J. A., «Los derechos políticos: reunión, asociación, participación y petición», Balaguer Callejón, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2020.
Noelle-Neumann, E., *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Barcelona, Paidós, 1995.
Ortega Giménez, C., «Entre el control y el autocontrol en el ejercicio de la libertad de expresión. Un análisis a propósito del caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*», en Ortega Giménez, A., Ruda González, A., Jérez Delgado, C. (coords.), *Estudios sobre jurisprudencia Europea*, Alicante, Sepin, 2021.

Presno Linera, M.A., «El derecho de reunión», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 2021 (Ejemplar dedicado a: *Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones,* t. I, *Reacciones y transformaciones en el Derecho Público,* Velasco Caballero, F., Gregoraci Fernández B., (coords.).

— «Crónica de una condena anunciada: el Asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del Rey*», Teoría y realidad constitucional,* 42, 2018.

Rodríguez, A., «Libertades públicas (I), la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación», VV. AA., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2021.

Romanos, E., Sádaba, I., «Evolución de la protesta en España (2000-2017): un análisis de sus ciclos y características», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 177, 2022.

Shklar, J.N., *Gobierno de la ley y liberalismo del miedo*, Barcelona, Página Indómita, 2021.

Solozábal Echavarría, J.J., «Opinión pública y Estado constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, 10, 1996.

Subirats, J., «Los dilemas de una relación inevitable. Innovación democrática y tecnologías de la información y de la comunicación», en Cairo-Carou H. (ed.), *Democracia digital. Límites y oportunidades*, Madrid, Trotta, 2002.

CAPÍTULO XVIII

INTERNET COMO CONTRAPODER: EL «DERECHO DE ACCESO A INTERNET» COMO UNA NUEVA VÍA PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Loreto Segura-Renau
Profesora Adjunta de Derecho Constitucional
Universidad Abat Oliba-CEU

1. INTERNET COMO *ESCENARIO POLÍTICO EMERGENTE*

La Constitución española proclama que la soberanía reside en el pueblo español (art. 1.2 CE), como así sucede en todo Estado democrático de derecho. Sabemos que la democracia representativa permite la gobernabilidad del Estado mediante los representantes del pueblo soberano quien, a su vez, disfruta del derecho de participación política más allá de su acercamiento a las urnas de forma periódica. Son varias las instituciones de participación que prevé la Constitución española, ya sean de democracia directa o semidirecta, ya sean instrumentos de democracia participativa. No obstante, el «escenario político emergente»[1] que implica Internet nos sitúa ante el «nuevo ágora del siglo xxi»[2],

[1] Así se refiere G. Sartor en «Human rights in the information society», en *European University Institute Law Department*, 2010, en *https://ssrn.com/abstract=1707724*.

[2] Con este término se refiere G. M. Teruel Lozano en «Apuntes Generales sobre la libertad de expresión en Internet», en *Anales de Derecho*, núm. 28, 2010, p. 3.

aquella nueva «esfera pública»[3] en la que el «pueblo» ya no permanece pasivo y silencioso.

Internet nos sitúa ante un escenario global, sin fronteras, abierto y universal[4]. El «ágora de la comunidad global»[5] cuya inmediatez, carácter abierto y universal, y su efecto multiplicador[6] —no solo más allá del propio territorio (por su carácter inmaterial) sino de forma exponencial (viral)— nos conducen ante un espacio público[7] donde tiene lugar un nuevo modelo de comunicación[8]. De hecho, ello se observa en la misma sociedad española, donde el 86 por 100 de los internautas son usuarios de alguna red social, con lo cual, son veinticinco millones de usuarios quienes interactúan entre sí y más allá de nuestras fronteras[9]. El mundo digital adquiere un carácter *democratizador*, pues permite al ciudadano manifestarse *«senza filtri, overo senza mediazioni di sorta, un open network»*[10], ampliando claramente las posibilidades de participación ciu-

---

[3] Término empleado tanto por E. Moya Cantero en «La emergencia del pronet@riado. Revisión crítica del concepto habermasiano de esfera pública», en *Revista de Filosofía*, vol. 37, núm. 2, 2012, p. 24, como por I. V. Lucena, «El derecho de acceso a Internet y el fortalecimiento de la democracia», en *Revista Internacional de Pensamiento Político,* I Época, vol. 9, 2014, p. 385.

[4] Efectivamente, «Internet ha contribuido de manera decisiva a redefinir el espacio público y privado, a estructurar las relaciones entre las personas y entre estas y las Instituciones. Ha eliminado fronteras y ha construido modalidades nuevas de producir y utilizar el conocimiento. Ha ampliado las posibilidades de intervención directa de las personas en la esfera pública…» (traducción propia), fragmento del preámbulo de la *Dichiarazione dei diritti in Internet* de la *Comisión para los derechos y deberes relativos a Internet* de la Cámara de los Diputados de Italia, de 14 de julio de 2015, en: *https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_Internet/dichiarazione_dei_diritti_Internet_pubblicata.pdf*.

[5] «Informe de la Comisión Especial sobre redes informáticas», *Boletín Oficial del Senado*, 27 de diciembre de 1999, p. 45, en: *https://www.senado.es/pdf/legis6/senado/bocg/I0812.PDF.*

[6] Así se refieren tanto Ansuátegui como Dias Oliva. *Vid.* F. J. Ansuátegui Roig, «Los contextos de la libertad de expresión: paradigmas y nuevas fronteras», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, p. 142 y en T. Dias Oliva, «Content Moderation Technologies: Applying Human Rights Standards to Protecto Freedom of Expression», en *Human Rights Law Review*, núm. 20, 2020, p. 608.

[7] Para Ansuátegui, el primer efecto de Internet respecto de los derechos gira en torno a la «reformulación de la idea de espacio público», «Los contextos de la libertad de expresión…», *op. cit.,* p. 140.

[8] *Vid.* el análisis de este nuevo modelo de comunicación en G. M. Teruel Lozano, «Libertad de expresión y censura en Internet», en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, núm. 2, 2014, p. 44.

[9] Nos referimos a los internautas que tienen entre 16 y 65 años. Asimismo, no se detecta prácticamente diferencia en el perfil de usuarios de redes sociales entre ambos sexos (49 por 100 de hombres y 51 por 100 de mujeres), situándose la media de edad en los treinta nueve años. Los datos corresponden al año 2020 y han sido extraídos de *Epdata* y *Statista*, disponibles, respectivamente, en: *https://www.epdata.es/datos/usuarios-redes-sociales-espana-estudio-iab/382* y *https://es.statista.com/estadisticas/474955/redes-sociales-tasa-penetracion-usuarios-prevision-espana/* (última consulta realizada el 15 de febrero de 2022).

[10] T. E. Frosini, «Il diritto costituzionale di accesso a Internet», en *Rivista telemática giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, núm. 1, 2011, p. 7.

dadana en *«the growth and spread of culture and thus greatly expands the possibilities for the realization of a truly democratic culture»*[11].

Efectivamente, el ejercicio de los derechos fundamentales no es ajeno a este nuevo escenario. En la «plaza pública digital» también «se reivindican y se ejercen los derechos y se controla al poder»[12]. Incluso ha sido considerado como «el espacio de la libertad», siendo «un lugar exento de intervenciones públicas en el que los cibernautas disfrutan de un poder de acción ilimitado»[13]. Internet es, por lo tanto, una vía que facilita y allana el ejercicio de la libertad de expresión: es el altavoz —universal e instantáneo—, a menudo de las minorías, ejerciendo como contrapoder de los discursos y debates institucionalizados, ya sea en los parlamentos, ya sea en los medios de comunicación convencionales. No obstante, dicha vía libre para el desarrollo de derechos y libertades también implica riesgos y tensiones, de los cuales se es consciente, pero estos no serán objeto en el presente trabajo.

La archiconocida democracia *indignada* emergida del Movimiento 15–M ya nos dejaba vislumbrar que «probablemente el contrapoder más importante, y al que más habría que cuidar y potenciar en nuestra democracia, es el propio pueblo»[14]. Internet, por lo tanto, se convierte en la vía de actuación y participación del pueblo extramuros de la ciudad *offline*: la *oposición* digital. Las páginas que siguen tienen como finalidad evidenciar si efectivamente la realidad digital permite a los ciudadanos ejercer como contrapoder. Para ello, en primer lugar, se observará si el derecho de acceso a Internet nos sitúa ante un nuevo derecho fundamental. En segundo lugar, se analizará el acceso a Internet como una vía de ejercicio de derechos fundamentales, observando la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información y la participación ciudadana. Ello nos conducirá a concluir si, efectivamente, la era digital se erige como contrapoder al poder político, favoreciendo a la que denominaremos «oposición ciudadana digital», más allá del Parlamento; el denominado «quinto poder»[15].

---

[11] J. M. Balkin, «Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society», *New York University Law Review*, núm. 79-1, 2004, p. 5.

[12] F. J. Ansuátegui Roig, «Los contextos de la libertad de expresión…», *op. cit.,* p. 140.

[13] S. Muñoz Machado, «Internet y los Derechos Fundamentales», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 90, 2013, p. 151.

[14] Como ya señaló A. Boix Palop en «La organización de los contrapoderes: sobre las (limitadas) posibilidades de participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos en el modelo constitucional español», en I. Gutiérrez, *La democracia indignada. Tensiones entre voluntad popular y representación política*, Granada, Ed. Comares, 2014, p. 95.

[15] Término acuñado por Dutton. *Vid.* W. Dutton, *The fifth estate: the power shift of the digital age*, New York, Oxford University Press, 2023 y en Dutton, «The Fifth Estate: A new Governance Challenge», en Levi-Faur (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

2. EL DERECHO DE ACCESO A INTERNET: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL?

El escenario digital, además de favorecer el desempeño de los derechos y libertades, halla obstáculos que lo frenan y/o limitan, ya sea por intereses del sector privado, ya sea por la regulación creciente del mismo por parte de los poderes públicos. Ello nos lleva a la necesidad de «implementar un modelo de gobernanza de la Red cuyos principios rectores defiendan la neutralidad, la transparencia, la apertura, la libertad, la inclusión»[16]. En este sentido, hay quien lo ha considerado como un derecho fundamental[17], un servicio universal y, por ende, un derecho social[18], un derecho humano[19] o un derecho funcional.

2.1. El acceso a Internet desde una perspectiva internacional y europea

En el ámbito internacional y europeo Internet es considerado como un derecho, que además se encuentra necesariamente conectado con el ejercicio de otros derechos humanos. A partir de diferentes desarrollos normativos internacionales, que veremos seguidamente, nos situamos ante un mismo punto de partida: «Internet es esencial para la vida»[20].

En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) proclama diferentes derechos relevantes que nos sitúan y contextualizan el asunto objeto de análisis. Por un lado, el art. 19 de la DUDH proclama la libertad de opinión, de expresión y acceso a la información «sin limitación de fronteras» y «por cualquier medio de expresión». En segundo lugar, el art. 27 de la DUDH proclama el derecho a participar «en la vida cultural de la comunidad» y, en tercer lugar, el derecho a la participación política recogida en el art. 21 de la DUDH. En este contexto, y conectado con los preceptos anteriores, subyace el acceso a Internet como derecho de acceso universal, como así lo ha interpretado la Organización de las Naciones Unidas (ONU)[21]. Efectivamente, la libertad de expresión y de opinión gozan de una mayor potencialidad mediante el empleo de las nuevas tecnologías (TICs) proporcionadas en la Era digital. También Internet influye tanto en la participación en la vida cultural —puesto que esta última a menudo se

---

[16] I. V. Lucena, «El derecho de acceso a Internet…», *op. cit.,* p. 391.

[17] *Ibidem.*

[18] T. E. Frosini, «Il diritto costituzionale...», *op. cit.,* pp. 271-280.

[19] G. Sartor, «Human rights in the information society», en *European University Institute Law Department*, 2010, pp. 17-19, disponible en *https://ssrn.com/abstract=1707724*

[20] Alemania. Tribunal Supremo, III ZR 98/12, de 24 de enero de 2013.

[21] *Vid.* tanto la *Declaración de Principios de Ginebra* (2003) como la *Declaración de Principios de Túnez* (2005), en: *https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop-es.html*.

desarrolla en la vida *online*—, como en la participación ciudadana —en la medida que ofrece formas de comunicación entre los ciudadanos y los poderes públicos completamente novedosas[22]—. Internet, por lo tanto, nos conduce ante una «libertad ampliada»[23], convirtiéndose en una herramienta imprescindible para el pleno desarrollo de los derechos y libertades señaladas.

En segundo lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), recoge el derecho a la libertad de expresión y la libertad de «buscar, recibir y difundir informaciones, *sin consideración de fronteras* […] o *por cualquier otro procedimiento de su elección*» (art. 19) (cursiva añadida). Lo expuesto anteriormente suscita necesariamente una cuestión esencial: ¿la exclusión del acceso a Internet de un individuo lesiona su libertad de expresión e información? Efectivamente la doctrina lleva considerando desde hace años el acceso a Internet como un derecho[24] lo cual se encuentra reflejado también en diversos textos internacionales aprobados en esta última década[25]. Pero el hito relevante jurídicamente se sitúa en el Tribunal Supremo de EEUU, cuando consideró Internet como a una vía comunicativa protegida por el derecho a la libertad de expresión recogido en la 1ª Enmienda[26].

En el plano europeo, mediante la Directiva 2002/22/CE se reconoció el acceso universal en la Unión Europea considerándose, más adelante, que el acceso a Internet «ha adquirido una importancia crucial para la sociedad y la economía en general esenciales» (Directiva 2018/1972). A pesar de que algún país europeo a nivel nacional ha reconocido el acceso a Internet como un derecho[27], ésta no es la reali-

---

[22] Un ejemplo de ello sería la red social de Twitter en la que los individuos a través de los tweets pueden plantear o lanzar preguntas a gobernantes políticos o instituciones siendo estas, en algunos casos, respondidas por los destinatarios a través de la misma red social.

[23] G. Sartor, «Human rights…», *op. cit.,* p. 14.

[24] *Vid.* F. Cerquozzi, «Diritto di acceso ad Internet e Costituzione», *Iusinitinere*, 24 de octubre de 2020, disponible en: *https://www.iusinitinere.it/diritto-di-accesso-ad-Internet-e-costituzione-31496*; L. Cotino, «Online-offline. Las garantías para el acceso a Internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos», en *Revista de Derecho Público*, núm. 108, 2020, p. 16; L. Cotino, «Derechos humanos, Internet y TICs», en Rey Martínez (dir.), *Los derechos humanos en España, un balance crítico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 426-428; y I. V. Lucena, «El derecho de acceso…», *op. cit.,* p. 387.

[25] Como son el *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue*, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2011, que proclamaba el «derecho de todas las personas a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo por Internet»; la *Resolución A/HCR/L.13* del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2012, en la que, entre otras cuestiones, se declaraba que los derechos debían ser garantizados también en la dimensión *online*.

[26] Estados Unidos. Sentencia del Tribunal Supremo *Reno v. American Civil Liberties Union,* 1997.

[27] Según se recoge en el Informe A/HRC/17/27*, op. cit.,* pár. 65, por un lado, el Parlamento de Estonia reconocía el acceso a Internet como un derecho humano en 2011 y, por el otro, en 2009 el Consejo Constitucional francés «declaró efectivamente el acceso a Internet derecho fundamental».

dad generalizada. Ciertamente, y como hemos observado, el acceso a Internet se encuentra estrechamente conectado con la libertad de expresión e información. Toda limitación o privación del acceso a Internet comporta una lesión de dichas libertades. En este sentido, hay quien considera la necesidad de clarificar y proclamarlo como derecho de forma expresa, ya sea como derecho fundamental a nivel nacional, ya sea como derecho humano a nivel internacional[28]. No obstante, como se ha observado, el acceso a Internet quedaría integrado dentro del contenido esencial de la libertad de expresión e información, siendo una nueva dimensión de las mismas. Por lo tanto, consideramos aceptable, e incluso necesario, la consideración del acceso a Internet como derecho bajo el umbral de los derechos fundamentales.

2.2. El derecho de acceso a Internet en el ordenamiento jurídico-constitucional español

De la observancia de los diferentes preceptos de la Constitución española, veamos seguidamente cuál es la acogida constitucional y, posteriormente legislativa, de la realidad de Internet como concepto jurídico: ¿estamos ante un derecho subjetivo, un derecho fundamental, un bien jurídico, un principio?

En primer lugar, consideramos que la Constitución recoge una doble dimensión constitucional acerca de la regulación de Internet: la dimensión negativa y la dimensión positiva. Por un lado, cuando la Constitución señala que «la ley *limitará* el *uso de la informática* para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el *pleno ejercicio de sus derechos*» (cursivas añadidas) (art. 18.4 CE), nos situamos ante la dimensión negativa. Dicha dimensión abarca el mandato al legislador de limitación del «uso de la informática» —concepto bajo el cual actualmente podría considerarse Internet— con la finalidad de hacer efectivo el *pleno ejercicio de los derechos*. Por lo tanto, el constituyente ya tenía en mente una realidad «informática» que podría llegar a interferir, de una forma u otra, en el desarrollo de los derechos.

Por otro lado, tanto el derecho a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o *"cualquier otro medio de reproducción"*» (cursiva añadida) (art. 20.1.*a* CE), como el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz *por cualquier medio de difusión*» (cursiva añadida) (art. 20.1.*d* CE) señalarían la dimensión positiva: se reconoce Internet —que quedaría dentro del concepto «cualquier medio de difusión»— como una vía posible para el desarrollo de derechos fundamentales del art. 20 CE.

---

[28] G. Sartor, «Human rights...», *op. cit.,* p. 19.

Paralelamente, el art. 9.2 CE recoge el mandato a los poderes públicas de promoción de la igualdad y la libertad «reales y efectivas», así como de «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Desde un punto de vista amplio, una supuesta exclusión al acceso Internet impediría una igualdad real y efectiva y entorpecería la participación de «todos» los ciudadanos en la vida *online*, ya sea de carácter política, económica, cultural o social. Por lo tanto, se deduce que el acceso a Internet es una vía para el desarrollo de derechos fundamentales y es condición necesaria tanto para una igualdad «real y efectiva» como para la participación de todo individuo en las diferentes áreas de la vida, en este caso, *online*. No obstante, estamos ante un instrumento que no solo nos facilita el ejercicio de otros derechos si no que, en muchas ocasiones, será instrumento necesario para un pleno ejercicio de los mismos.

Llegados a este punto, ¿permite el desarrollo legislativo actual lo expuesto anteriormente?

En primer lugar, la Ley 9/2014, General de Comunicaciones, recoge la garantía de acceso a Internet, al prever dicho acceso como un servicio universal y estipular las consecuentes obligaciones por parte de los operadores. En segundo lugar, la LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales señala que «corresponde a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet […] para hacer posible *el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital*» (cursiva añadida) (exposición de motivos). Ello se concreta en el art. 1.*b* de la LO 3/2018, cuando se recoge que uno de los objetos de la presente ley es el de «garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el art. 18.4 CE». Estos derechos digitales se encuentran recogidos en el Título X, entre los cuales se halla el derecho de acceso universal a Internet (art. 81, LO 3/2018), entre otros. Pero como bien subraya Cotino, el derecho de acceso a Internet queda fuera del desarrollo orgánico como derecho fundamental[29].

No obstante, fue en el plano autonómico donde por primera vez se consideró el acceso a Internet como un derecho, como se observa en las cartas de derechos recogidas en los Estatutos de *segunda generación* tanto de Andalucía (art. 34), como la Comunidad Valenciana (art. 19.2)[30].

---

[29] Dicha afirmación implica que el derecho de acceso a Internet «no goza de las garantías propias al derecho de protección de datos», pues la Disp. Final 1.ª de la LO 3/2018 señala que el art. 81 tendrá carácter de ley ordinaria según L. Cotino, «Online-offline...», *op. cit.,* p. 20.

[30] Aunque en los tres Estatutos de autonomía se refieren a un derecho de acceso «a las nuevas tecnologías» en términos generales. También en los Estatutos de autonomía de Cataluña (art. 53.1), Baleares (art. 29) y Aragón (art. 28.2) el acceso a Internet se previó, pero no como derecho, sino como un mandato de promoción dirigido a los poderes públicos.

Por lo tanto, el ordenamiento constitucional considera el acceso a Internet como un derecho legal, recogido tanto en la LO 3/2018 como en los EEAA antes mencionados, aunque estos lo hacen con un valor más bien simbólico. Asimismo, es interesante subrayar que el Preámbulo de la LO 3/2018 señala la necesidad de una reforma constitucional para que los derechos digitales adquieran un carácter fundamental. Sin detenernos en la necesidad o no jurídica del reconocimiento del acceso a Internet como un derecho fundamental, no hay duda de que dicho acceso encontrará ciertamente su mayor cobertura y eficacia en relación con otros derechos fundamentales. Pero no solo. Internet, más allá del derecho de acceso al mismo es herramienta de actuación y desarrollo de otros derechos, es decir, implica una nueva dimensión para estos derechos que puede proporcionar nuevas oportunidades, y también desafíos.

3. INTERNET COMO NUEVA VÍA DE EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Hemos observado que el acceso a Internet nos sitúa ante un derecho, según nuestro ordenamiento constitucional. No obstante, también hemos constatado el nexo presente entre el derecho de acceso a Internet y el desempeño de otros derechos fundamentales o principios, como son la libertad de expresión (art. 20.1.*a* CE), el derecho a la información veraz (art. 20.1.*d* CE), además del principio de participación (art. 9.2 CE) y el pluralismo (art. 20.3 CE). Es por ello por lo que la doctrina considera Internet como un bien público universal[31] y, por ende, su acceso debería reconocerse como derecho fundamental[32]. Asimismo es de relevancia la reciente STC 8/2022, en la que el Alto Tribunal afirma que «no cabe duda de que las libertades de comunicación —libertad de información y libertad de expresión— también se ejercitan a través de las herramientas que facilita Internet […] como lo son las redes sociales, siendo susceptibles de verse limitadas por el poder público allí donde se prevén también límites para el ejercicio de estas fuera del contexto de Internet» (FJ 2), evidenciando la necesaria relación entre el derecho de acceso a Internet y las libertades de información y de expresión.

Por ello, seguidamente observaremos dicha relación que hay entre el derecho de acceso a Internet y los diferentes derechos señalados; constatando una «híbrida amalgama de derechos subjetivos, fundamen-

[31] El mismo Tribunal Constitucional, en la STC 8/2022 menciona la Recomendación CM/Rec(2014)6 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre una *Guía de los derechos humanos para los usuarios de internet* en la que se «pone de manifiesto que internet tiene características de servicio público, por lo que debe garantizarse su accesibilidad, que se preste sin discriminación, que sea asequible, seguro fiable y continuo» (STC 8/2022, FJ 2).

[32] I. V. Lucena, «El derecho de acceso a Internet…», *op. cit.,* p. 387.

tales y no fundamentales»[33] que subyace de las diferentes facetas del derecho de acceso a Internet.

3.1. La libertad de expresión e información

La libertad de expresión implica poder comunicar y expresar, de la forma que uno considere necesaria, las propias ideas u opiniones (art. 19 DUDH, art. 10 CEDH y art. 20 CE). Estamos ante un derecho de libertad; ante el derecho a que ninguna intervención imposibilite o limite la libertad de expresarse. Lo cual no implica que estemos ante una libertad absoluta, como bien recoge la Constitución española (art. 20.4): «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el *derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*» (cursiva añadida). En el ámbito de Internet, los derechos más destacables son la propiedad intelectual, la privacidad (protección de datos y derecho al olvido), el derecho al honor, la no discriminación, entre otros.

Asimismo, Internet se ha convertido en escenario de la vida real. Ya no es solo un mero canal de divulgación de contenidos en el que los ciudadanos son espectadores pasivos. Ahora el rol del ciudadano en la red es activo, pues «ha pasado de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información» (STC 27/2020, FJ 3). Y también continuo: a lo largo de la jornada diaria la participación del ciudadano en Internet es constante, yendo más allá del propio consumo de contenido. Por lo tanto, además del comercio electrónico, que quedaría excluido de esta libertad de expresión en el ciberespacio, habría que tener en cuenta otros servicios o actividades telemáticas (un ejemplo sería la formación *online* o la actividad física) que se situarían también al margen de dicho derecho[34].

Por otro lado, si anteriormente nos referíamos a la existencia de un nuevo modelo de comunicación derivado del entorno digital, la libertad de expresión ha sido considerada también como «libertad de comunicación»[35]; siendo el derecho de intercambio de ideas, opiniones y materiales, e implicando la publicación y distribución de los diferentes resultados. En definitiva, la libertad de construir y distribuir opiniones, ideas e información, ya sea de primera mano, ya sea a partir

---

[33] L. Cotino, «Online-offline...», *op. cit.,* p. 17.

[34] Así lo han señalado tanto G. M. Teruel como L. Cotino. *Vid.* G. M. Teruel Lozano, «Apuntes Generales...», *op. cit.,* y L. Cotino, «Derechos humanos, Internet y TICs», en Rey Martínez (dir.), *Los derechos humanos en España, un balance crítico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 418-480.

[35] G. M. Teruel Lozano, «Libertad de expresión...», *op. cit.,* p. 47.

de las aportaciones de terceros, fomentando así la cultura democrática, a pesar de que la información que *«viaggia on line su Internet può agitare i governi nazionali, disturbare le relazioni diplomatiche fra Stati e svelare gli arcana imperii»*[36]. La libertad de expresión en la era digital nos sitúa más allá del clásico derecho individual, pues *«the purpose of freedom of speech (...) is to promote a democratic culture»*[37], observado desde un concepto de democracia amplio, situado más allá de la democracia representativa y sus instituciones, sino a nivel de la cultura[38].

3.2. Derecho a la información veraz

Ahora bien, ¿la libertad de expresión engloba también la posibilidad de mentir y, por lo tanto, proporcionar información no veraz? La mera mentira —en términos genéricos— aunque se halle reprobada moralmente, no constituye un límite a la libertad de expresión[39]. Para que una mentira implique una limitación a dicha libertad, la mentira concreta deberá sobrepasar los límites establecidos en la Constitución y la legislación aplicable. Con lo cual, una mentira se erige como límite a la libertad de expresión no por el simple hecho de faltar a la verdad sino cuando ésta es empleada como instrumento, con una finalidad concreta cuyo resultado está penado. El ejemplo claro sería la calumnia: se trata de una mentira que al herir el derecho al honor de otra persona (art. 205 CP) deviene una calumnia, hecho tipificado en el código penal. El límite de la libertad de expresión no es la mentira, sino el uso de la misma para vulnerar un derecho fundamental[40].

Pero entonces, ¿dónde queda el art. 20.1.*d* de la CE, en el que se reconoce y protege el derecho «a comunicar o recibir libremente *información veraz* por cualquier medio de difusión» (cursiva añadida)? Llegados a este punto, es necesario diferenciar entre libertad de expresión y derecho de información veraz. La veracidad como tal no se aplica en el primer derecho, sino en el segundo. La información veraz es aquella que es verídica, pero no porque sea la *verdad*, sino porque «si se impusiera la verdad como condición del derecho a informar, la única garantía de seguridad jurídica sería el silencio» (STC 6/1988, FJ 5). Por lo tanto,

---

[36] T. E. Frosini, «Il diritto costituzionale...», *op. cit.,* p. 16.

[37] J. M. Balkin, «Digital speech...», *op. cit.,* p. 3.

[38] Para Balkin «Digital speech...», *op. cit.,* pp. 33-34, una cultura es democrática si existe participación democrática, es decir, vas más allá de las instituciones de la democracia participativa, considerándola sinónimo de cultura participativa.

[39] L. De las Heras Vives, «Las fake news ante el derecho penal español», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12 bis, 2020, p. 73.

[40] Sobre esta cuestión, *vid*., también Muñoz Machado «Internet y los Derechos...», *op. cit.,* pp. 164-165, quien señala también la relevancia de que el emisor de la información sea capaz de demostrar su actitud positiva y diligente en la búsqueda de la veracidad.

una información veraz es aquella información que ha sido comprobada y contrastada, aunque llegue a resultar inexacta o incluso errónea.

En este sentido, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 79/2014, STC 8/2022) se observa la relevancia de distinguir entre hechos y opiniones, pues los primeros son susceptibles de ser probados y contrastados, mientras que no es así en las segundas. Los primeros actúan bajo el paraguas del derecho de información y, las segundas, bajo la libertad de expresión. Por ende, a esta última no se le impone la veracidad, es decir, este deber de probar y contrastar la opinión o idea que se quiera expresar.

Como es de sobras conocido, ante este nuevo escenario 2.0. la veracidad se erige como uno de los riesgos más notorios. Valga el ejemplo de las archiconocidas *fake news*: no son ningún concepto nuevo, no obstante, el mundo digital por sus propias características —expuestas anteriormente— ha implicado un aumento y una mayor difusión de las mismas[41]. Además, el entorno digital ha creado la necesidad de generar información de forma constante e inmediata. Estamos ante un riesgo para el derecho a una información veraz que siempre ha existido, pero que Internet ha magnificado, y que nos conduce a «una sociedad que no es capaz de ponerse de acuerdo sobre hechos básicos [lo cual] impide construir una democracia funcional»[42].

3.3. Pluralismo digital

La tolerancia social acerca de opiniones ofensivas parece ser diversa en función de si se vierten en el mundo *online* u *offline*, pues la percepción acerca de la peligrosidad de la realidad *online* es sustancial[43]. Esta percepción social sobre el riesgo del mundo *online* ha sido compartida por el mismo Tribunal Constitucional (SSTC 93/2021 y STC 8/2022), quien ha afirmado que los rasgos definidores de este canal de comunicación *online*, como son la inmediatez, la rapidez de la difusión de contenidos y el carácter exponencial de la transmisión sin control

---

[41] Para profundizar en el ámbito de las noticias falsas, *vid*. Pauner,«Noticias falsas...», *op. cit.,* pp. 297-318.También es interesante la aproximación que realizan Barragán y Bellido sobre dicho concepto, desde una vertiente histórica, pues queda de manifiesto que estamos ante un concepto nada novedoso, sobre ello *vid*. A. I. Barragán-Romero y E. Bellido-Pérez, «Fake News durante la Primera Guerra Mundial: Estudio de su representatividad en las portadas de la prensa española (ABC Madrid)», en *Historia y comunicación social*, vol. 24, núm. 2, 2019, pp. 433-447.

[42] C. Pauner, «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red», en *Teoría y realidad*, núm. 41, 2018, p. 298.

[43] Cuestión destacada por Rodríguez-Izquierdo y Boix Palop en, respectivamente, M. Rodríguez-Izquierdo Serrano, «El discurso del odio a través de Internet», en Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discurso del odio*, Madrid, Editorial Universidad de Alcalá, 2015, pp. 149-186 y A. Boix Palop, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», en *Revista de estudios políticos*, núm. 173, 2016, p. 70.

del contenido, efectivamente «suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros» (STC 8/2022, FJ 3[44]).

Esta realidad actual ha llevado a plantear la necesidad de una mayor regulación del mundo digital[45], eludiendo, a menudo, a la nueva oportunidad que ofrece el escenario 2.0: incluso a pesar de la efectiva existencia de opiniones ofensivas, la amplificación del debate público es un elemento sustancial que no hay que pasar por alto. Efectivamente, mayor es la propagación de las ideas y opiniones no agradables pero mayor es también la réplica a las mismas. Incluso de los colectivos minoritarios y sin voz en el mundo *offline*.

¿Esta percepción de la peligrosidad del ejercicio de la libertad de expresión justifica una respuesta del derecho diferenciada, esto es, más restrictiva? Nos hallamos ante un primer riesgo que padece la libertad de expresión en el mundo *online*: el control y restricciones de los contenidos que circulan en él. ¿Se persiguen todos contenidos considerados no lícitos por igual? Boix Palop en este sentido es muy claro: ello acaba dependiendo «de cuestiones tan contingentes como la casualidad o denuncia pública de quien cuenta con suficiente capacidad de movilización, la relevancia social o política del emisor del contenido»[46]. Esta arbitrariedad afecta directamente a las minorías: la opinión o idea más aceptada socialmente gozará de plena expresión, mientras que las opiniones disidentes o minoritarias se verán mayormente comprometidas y perseguidas.

Recordemos que la Constitución española prohíbe la censura previa (art. 20.2)[47], siendo dicha prohibición una garantía para la libertad de expresión, ya sea ejercida en la calle, ya sea ejercida en la *ciudad*

---

[44] Asimismo, en esta misma sentencia (FJ 3) el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de elementos que deben tenerse en cuenta para ponderar las libertades de comunicación canalizadas a través de Internet y, de forma concreta, mediante las redes sociales, con otros derechos como son el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen o el derecho a la protección de datos: a) tener en cuenta las rasgos característicos de las redes sociales (anteriormente mencionados); b) tener en cuenta la autoría del contenido digital en cuestión; c) los destinatarios del contenido desde un punto de vista cuantitativo; d) el contenido estrictamente de los mensajes; y e) tener en cuenta el efecto de desaliento o disuasivo a la hora de examinar la proporcionalidad de una medida restrictiva.

[45] Ello se deriva en especial en relación con los fenómenos terroristas, en especial después de los atentados del 11S en Estados Unidos y, en Europa, más recientemente, también se han ido interpretando la legislación con mayor restricción, especialmente después de los diferentes atentados de París de 2015, cuya autoría fue reivindicada por los extremistas denominados Estado Islámico. *Vid.* más extensamente esta cuestión en A. Boix Palop, «La construcción de los límites...», *op. cit.,* pp. 72-73.

[46] A. Boix Palop, «La construcción de los límites...», *op. cit.,* p. 75.

[47] Son desconocidos los motivos que llevaron a la incorporación de la prohibición de la censura de forma expresa tal y como se recoge en la Constitución. Dicho precepto ya se encontraba presente desde el inicio, lo cual pone de manifiesto la relevancia del «enorme grado de asentimiento» generalizado entorno al mismo. Fue, por lo tanto, voluntad clara y unánime del constituyente recoger explícitamente la prohibición de la censura como garantía de la libertad de

online. Tradicionalmente la censura se ha visto como aquella «medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen *oficial* de su contenido» (cursiva añadida) (STC 52/1983, FJ 4), quedando prohibida «todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más débiles y sutiles, que […] tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su artículo 20.1» (STC 52/1983, FJ 4).

Como es sabido, en el mundo digital la censura adopta nuevas formas no presentes en el mundo *offline*: no estamos solamente ante aquella censura protagonizada por los poderes públicos, sino ante la censura «indirecta» (o directa) ejercida por poderes privados, como pueden ser los proveedores de banda ancha o servicios de búsqueda[48] y, en ocasiones, también *a posteriori*. Respecto de este último elemento, es relevante destacar que a pesar de que tanto la Constitución como la doctrina del Tribunal Constitucional se refieren a la censura *previa* en un sentido estricto temporalmente, la era digital denota la necesidad de un cambio del concepto de censura: la difusión no coincide con el momento de la recepción. A pesar de que el requisito de la temporalidad *previa* es cuestión clara e inequívoca de nuestro ordenamiento constitucional, cabría una interpretación del mismo, propuesta por García Morales. El Tribunal Constitucional definió la censura como «cualesquiera limitaciones preventivas de su ejercicio (de la libertad de expresión) con carácter permanente» (STC 187/1999, FJ 5). Dentro de dicha concepción cabría una censura más amplia, «pues podría incluir medidas que no solo hagan imposible la difusión *ex ante*, sino que impidan también la recepción por primera vez, ya que difusión y recepción pueden no ser

---

expresión. *Vid.* con mayor profundidad esta cuestión en M. J. García Morales, «La prohibición de la censura en la era digital», en *Teoría y Realidad*, núm. 31, 2013, pp. 237-276.

[48] En primer lugar, respecto del software de *filtrado y bloqueo*, a través de ellos se puede condicionar el acceso a la información del ciudadano. Este software, pensado para la protección de los ciudadanos frente a contenidos nocivos, podría terminar teniendo efectos de censura. La clave está: ¿quién etiqueta o clasifica el contenido? ¿Quién autoriza y controla los filtros? Si estos filtros no son una herramienta de *autocontrol* que activa libremente el ciudadano, entonces estaríamos ante una modalidad de censura. En segundo lugar, la posible censura que puede ser ejercida por los *Proveedores de Servicios de Internet* (PSI)—y la presión que estos puedan llegar a tener por parte de los poderes públicos—. Los PSI son quienes dan acceso a la red a los ciudadanos, ejerciendo cierto control sobre el mundo digital. «Lo que no aparece en Google, no existe», por lo tanto, los buscadores de información en Internet tienen también un papel relevante. Queda patente, por lo tanto, como las empresas privadas tienen una función relevante en las posibles vulneraciones de la libertad de expresión. *Vid.* G. M. Teruel Lozano, «Libertad de expresión...», *op. cit.,* p. 28; L. Cotino, «Derechos humanos, Internet…», *op. cit.,* p. 26; y G. Escobar, «La libertad de expresión y el derecho a la información en la era de Internet», *Jornadas ¿Exige la sociedad-red una nueva democracia?*, Fundación Manuel Giménez Abad y la Universidad Meléndez Pelayo, 22 y 23 de enero de 2008, Palacio de la Aljafería, Cortes de Aragón, p. 15. Disponible en: *https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/la-libertad-de-expresion-y-el-derecho-la-informacion-en-la-era-de-Internet.*

ya simultáneas en las comunicaciones electrónicas»[49]. Ello nos situaría ante la protección y la garantía no solo de la libertad de expresión, sino también del derecho a recibir información, protegido también por el mismo precepto constitucional (art. 20.1.*d* CE).

En este punto es importante hacer referencia al Decreto ley 14/2019, archiconocido como *ley mordaza digital*. Esta norma permite la intervención del Gobierno en al acceso a Internet, ya sea directa o indirectamente (a través de los operadores proveedores de red), no solo controlando la velocidad de los datos, entre otras cuestiones, si no también el acceso propiamente a la red, pudiéndolo suspender en cualquier momento, en aras de «preservar o restablecer el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional» (Decreto ley 14/2019, *exposición de motivos*). Sin entrar en la dudosa constitucionalidad de dicho decreto ley, por evidente afectación a derechos fundamentales como son las libertades informativas, hay un elemento esencial que es necesario destacar: la ausencia de toda garantía[50]. Por un lado, la Constitución prohíbe cualquier tipo de censura previa y, por el otro, en todo caso queda patente que cualquier restricción del acceso a Internet queda reservado al juez (art. 20.5 CE)[51] —no al poder ejecutivo— o a una autoridad independiente, para la adopción urgente de medidas cautelares, como ha reconocido el TC (STC 86/2017, FJ 5). Por lo tanto, la reserva de jurisdicción es garantía esencial[52] pues de otra manera los poderes públicos impondrían restricciones a la libertad de expresión en Internet que en el medio *offline* son ejercidos por el poder judicial.

Paralelamente, las libertades de expresión y de información tienen valor colectivo; no estamos solamente ante un derecho individual, pues con dicha libertad «está en juego el debate público sobre los asuntos de interés general, el pluralismo y la libertad de opinar sobre los asuntos

---

[49] M. J. García Morales, «La prohibición...», *op. cit.,* p. 268.

[50] En este sentido, Cotino señala la relevancia de la ausencia de garantías ante esta potestad excepcional que se otorga al ejecutivo. En relación con las garantías, estas se encuentran recogidas tanto en la STC 76/2019, de 22 de mayo y en la STEDH *Ahmet Yildirim c. Turquía,* de 18 de diciembre de 2012. Todo ello puede conocerse con mayor detenimiento en L. Cotino, «Online-offline...», *op. cit*. y L. Cotino, «La (in)constitucionalidad de la "intervención mordaza" o "apagón" de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto Ley 14/2019», en *Revista General de Derecho Administrativo*, RGDA Iustel, núm. 54, 2020.

[51] *Vid.* G. M. Teruel Lozano, «Apuntes Generales...», *op. cit.,* p. 81; G. Doménech-Pascual, «La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)», en Ríos Vega y Spigno (eds.), *La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 205-211; y A. Boix Palop, «La construcción de los límites...», *op. cit.,* pp. 103-104.

[52] La Comisión de Venecia prevé una garantía de naturaleza similar para la intervención y retirada de contenidos durante las campañas electorales: que sea un organismo electoral imparcial o un órgano judicial quien ejerza dicha potestad. *Vid.* el Principio 3 de los *Principios para un uso de las tecnologías digitales en los procesos electorales que respete los derechos fundamentales*, de la Comisión de Venecia, de 10 de diciembre de 2020, en: *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)037-e.*

públicos»[53]. Pero no solo a nivel político. Como señala Balkin, la cultura democrática que persigue la libertad de expresión se sitúa más allá de las instituciones de democracia participativa[54]. Desde la perspectiva constitucional española, el pluralismo es un mandato constitucional (art. 20.3 CE) y este se extiende también a la comunicación de información en la esfera digital. «Sin pluralismo no hay democracia y sin pluralismo en los medios tampoco»[55], sean estos medios convencionales, medios digitales o redes sociales. Proteger y garantizar la libertad de expresión implica salvaguardar el pluralismo con lo cual, cuantos más muros a la libertad de expresión se construyen en la *ciudad digital*, más uniformes serán sus calles y sus gentes. Efectivamente, el acceso a Internet y, especialmente, la proliferación de las redes sociales ha supuesto «la intensificación de una característica de la libertad de expresión y del pluralismo que, simplemente, las redes ayudan a visualizar con mayor claridad sobre las contradicciones y sombras de nuestro modelo de garantías y libertades»[56]. Ello demuestra cómo realmente Internet se ha convertido en un verdadero ágora. Y este nuevo espacio público 2.0 deja relucir las luces y sombras de la protección y garantías de los derechos y libertades.

Asimismo, la peculiaridad del mundo digital como instrumento de información y de expresión completamente diferenciado de los medios convencionales —pues en este todos los usuarios participantes pueden transmitir y almacenar información[57]—, sitúa el medio digital como un poder diferenciado del poder ejercido por los medios de comunicación tradicionalmente. Estamos ante un nuevo contrapoder, en el que la protección del ejercicio de la libertad de expresión deviene esencial para la garantía del pluralismo.

3.4. La participación ciudadana en el *ágora digital*

La Constitución española consagra el derecho de los ciudadanos a la participación política (art. 23), la cual se canaliza a través de la democracia representativa (art. 23 CE) y la democracia directa y semidirecta. Asimismo, también la Constitución prevé la participación de los ciudadanos como principio y, en sede autonómica, los Estatutos de autonomía también han incorporado la participación como derecho y principio. Es en este nivel subestatal el ámbito donde se han desarro-

---

[53] S. Muñoz Machado, «Internet y los Derechos...», *op. cit.,* p. 165.

[54] J. M. Balkin, «Digital speech...», *op. cit.,* p. 33.

[55] G. Escobar, «La libertad de expresión...», *op. cit.,* p. 14.

[56] A. Boix Palop, «La construcción de los límites...», *op. cit.,* p. 86.

[57] *Vid.* D. Ordóñez Solís, «La reformulación de los derechos fundamentales en la era digital: privacidad, libertad de expresión y propiedad intelectual», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 416-417.

llado los diferentes instrumentos de democracia participativa, como son el foro ciudadano, la audiencia ciudadana, la consulta ciudadana, entre muchos otros, situándonos ante el principio de participación bajo el umbral del art. 9.2 CE.

El mundo digital ofrece un campo completamente nuevo en el que se ha ido cultivando una nueva dimensión de la participación ciudadana, situándonos también bajo el paraguas del art. 9.2 CE. Los rasgos que caracterizan Internet y favorecen dicho desarrollo son, entre otros, el aumento de actores participantes; el aumento de las plataformas, lo cual lleva a una mayor oferta para el ciudadano, quien puede elegir dónde, quién y cómo acceder a la información; la inmediatez de la difusión de cualquier idea, noticia o datos; la universalización de la información transmitida; y, en último lugar, destaca la autocomunicación de masas: ahora es la ciudadanía quien disfruta de la ocasión para convertirse en generador de contenidos, ideas, noticias e información[58]. Estamos, por lo tanto, ante una esfera abierta, pública, universal, con multitud de actores y de información, que nos llevan posiblemente ante el caos de la información constante o ante la oportunidad de participar, activa o pasivamente, en este nuevo *ágora del siglo xxi*.

La realidad digital ofrece dos vías de participación. La primera de ellas es aquella participación ciudadana institucionalizada (*Gobierno abierto*). Por un lado, el empleo de las TICs permite el desarrollo de los instrumentos participativos anteriormente observados a través del canal *online*. Por otro lado, se observa una apertura de las instituciones hacia la ciudadanía, con la presencia de los portales institucionales, el uso de las redes sociales por parte de las instituciones y de los partidos políticos con representación y, de forma especial, la red ha facilitado el fomento de la transparencia y del acceso a la información por parte de los ciudadanos, especialmente a partir de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*.

La segunda vía es aquella que se encuentra más allá de la democracia representativa e incluso más allá de la democracia participativa[59]. Es aquella participación no prevista por parte de los poderes públicos; aquella participación cuyo origen se encuentra en *la calle digital*. En esta *calle digital* todos tienen cabida, la interacción es constante —para

---

[58] *Vid.* A. Casero-Ripollés, «Estrategias y prácticas comunicativas del activismo político en las redes sociales en España», en *Historia y Comunicación Social*, vol. 20, núm. 2, 2015, pp. 533-548.

[59] García-Estévez se refiere a esta modalidad de participación como «iniciativas ciudadanas», siendo aquel «modo específico de participación ciudadana cuyos mecanismos son más informales, de naturaleza colectiva y auto-organizados […] estrechamente ligadas a las tecnologías de la información y la comunicación, así como Internet y las comunidades *online*» «Origen, evolución y estado actual del activismo digital y su compromiso social. Ciberactivismo, hacktivismo y slacktivismo», *Actas del II Congreso Internacional Move.net sobre Movimientos Sociales y TIC*, Compoliticas Universidad de Sevilla, p. 142.

quienes así lo desean—, siempre en continuo movimiento; es el ir y venir tanto de los asuntos objeto de debate en el Parlamento como, y especialmente, de aquellos otros cuya voz solo es escuchada, por ahora, en esta calle transformada en *nube*. ¿Estamos ante la presencia de una *oposición digital*?

4. INTERNET COMO *OPOSICIÓN DIGITAL*

Son múltiples las funciones y posibilidades en cuanto a participación ciudadana que ofrece el mundo *online*. Desde la generación de información por parte de los mismos ciudadanos; la facilidad para convocar presencialmente a miles de personas; la posibilidad de acceder a las instituciones, desde fuera de las mismas, a través de un simple tweet y su correspondiente respuesta; hasta lograr que un asunto entre en la agenda política. No obstante, de la jurisprudencia tanto del TEDH[60] como del Tribunal Constitucional[61] se constata claramente una categoría de protección de los mensajes políticos o activistas diferenciada de los demás mensajes y contenidos: «y ese margen permite a los representantes del ciudadano en cualquier ámbito, en particular cuando actúan como opositores políticos, utilizar un lenguaje virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose los excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto de debate» (STC 8/2022, FJ 3)[62].

Paralelamente, todo ello tiene en común un mismo efecto, conscientes o no, de ejercer de contrapoder, denominado por unos, como «el cuarto poder en red»[63]; por otros, «el quinto poder» o, como denominaremos de ahora en adelante, la *oposición digital*, siendo este un término nuevo que se propone.

Para abordar los diferentes elementos que ponen de manifiesto la presencia de esta *oposición digital* nos situaremos desde la óptica del control. Efectivamente, si estamos ante un contrapoder, ello implicará

---

[60] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 25 de febrero de 2010, *asunto Renaud c. Francia*, y Sentencia de 13 de julio de 2012, *asunto Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza*.

[61] Tribunal Constitucional, Sentencia 8/2022 de 23 de febrero de 2022.

[62] La cuestión clave aquí será qué entra dentro del concepto «mensaje político»: ¿solo aquellos emitidos por los representantes del pueblo? ¿Aquellos cuyos emisores pertenecen a algún partido político o grupo «activista»? En este sentido, es muy interesante la consideración que lleva a cabo sobre esta cuestión María Luisa Balaguer en su voto particular a la STC 93/2021. En dicho caso concreto, a pesar de estar ante un perfil personal de una ciudadana que no «la identifica como integrante de un determinado partido político, ni como militante […] no es el perfil de un partido político [no significa que] no exista un mensaje político en dicho perfil». Evidentemente, debemos observar dicho concepto desde un punto de vista amplio: esta protección diferenciada deberá abarcar a todos aquellos mensajes que favorezcan al debate político, independientemente de su emisor.

[63] V. Sampedro, *El cuarto poder en red. Por un periodismo (de código) libre*, Barcelona, Icaria, 2015.

que la *oposición digital* ejerce determinados contrapesos especialmente desde el punto de vista del control. La monitorización de la actuación de los demás poderes —e incluso del denominado cuarto poder— no se erige con la finalidad de derrocarlos, sino al contrario: el control favorece la transparencia, anhelada por las mismas instituciones, el derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos y su participación, aunque sea una participación extramuros. Estamos ante la posibilidad de «revitalizar la democracia»[64].

Esta *oposición digital* ejerce un *control cívico* del poder[65]. Como nos encontramos en el entorno digital, tanto la participación como la comunicación de los ciudadanos se amplía y la información *opaca* o *sensible* sobre cualquiera de los actores llega rápidamente a la sociedad, de forma viral e inmediata. De forma concreta, este «control cívico» es desempeñado a partir de cuatro funciones generales[66].

En primer lugar, siendo la más conocida, se encuentra la función de vigilancia o de *perro guardián* de los diferentes centros de poder, detectando las injusticias y denunciando las extralimitaciones acaecidas en los mismos. Estamos, efectivamente, ante la función que tradicionalmente ha ejercido la prensa[67], aunque en ocasiones determinados intereses económicos pongan en duda la independencia periodística. La Era digital ha expandido la función de *perro guardián* más allá de los medios de comunicación convencionales, facilitando el escrute de los centros de poder por parte de la sociedad civil o del ciudadano de forma directa[68]. ¿Estamos ante la función tradicional de *perro guardián*? Un ejemplo de ello serían los *hashtags* de la plataforma Twitter: permiten convertir una protesta ciudadana *en la calle online*, ya sea por una decisión política, ya sea sobre un acontecimiento de carácter político concreto, en *trending topic* nacional o global, influenciando ello en el

---

[64] *Ibidem.*

[65] Feenstra y Casero-Ripollés «Democracy in the Digital...», *op. cit.,* p. 2451. señalan tres procesos de control del poder: a) el «control institucional», es decir, aquel que depende de las instituciones (por ejemplo, evalúa el respeto de los derechos humanos y fomenta la transparencia); b) el «control compartido»: es aquel control cuyo seguimiento se realiza a partir de la colaboración entre la sociedad civil y los poderes públicos (un ejemplo de ello serían los presupuestos participativos); y c) el «control cívico»: aquel que desempeñan los ciudadanos o la sociedad civil sobre asuntos de interés.

[66] *Ibidem.*

[67] *Vid.* W. Lippmann, *La opinión pública*, Madrid, Cuadernos de Langre, 2003.

[68] Ciertamente, son dos los obstáculos que encuentra todo ciudadano que quiera ejercer esta función de vigilancia: la disponibilidad de tiempo y la capacidad y habilidades necesarias para poder procesar la información disponible para formarse una visión crítica. Ello dificulta el desempeño de esta función por parte de los ciudadanos directamente. No obstante, como veremos más adelante, han sido grupos de ciudadanos quienes están realizando actualmente tareas relacionadas con esta y otras funciones (Feenstra y Casero-Ripollés, «Democracy in the Digital...», *op. cit.,* p. 2456).

debate no solo público sino también incluso político[69]. Asimismo, dentro de esta función hallamos plataformas digitales de difusión de información cuya finalidad es la gestión y sistematización de datos que permitan ofrecer informaciones claras a los ciudadanos sobre asuntos de interés general. Estas plataformas parten de tres premisas principales: la mejora de la transparencia, facilitar el acceso a la información institucional y el empleo de las TICs, para la correspondiente gestión de datos, que permitan conseguir una información clara y transparente. De este modo, se permite a los ciudadanos exigir las correspondientes responsabilidades[70].

Un ejemplo de esta función, aunque apenas conocido, es el caso de la *Fundación Civio*, cuya función, a grandes rasgos, es la de monitorizar y procesar los datos disponibles con la finalidad de obtener una mayor transparencia de la actuación política disponible para los ciudadanos. Ello se concreta con el desarrollo, directamente o a través de su colaboración con otras plataformas, de diferentes actuaciones de monitoreo, como son: *¿Quién manda?*[71], *¿Dónde van mis impuestos?*[72], *El BOE nuestro de cada día*[73], *Digo Diego*[74] *o el Indultómetro*[75].

En segundo lugar, los autores relacionan la función de obtención de información secreta con el fomento de la transparencia. Ahora mucha información *opaca* circula por la *nube*, incluso información confidencial de los Estados, siendo el caso por excelencia el archiconocido WikiLeaks. Como es sabido, se trata de una organización cuya finalidad es filtrar información confidencial. Y esta tarea de filtración a menudo ha recibido de la colaboración indirecta del cuarto poder tradicional, quienes han publicado vídeos e información recibida por parte de WikiLeaks, convirtiéndose éstos «en megáfonos del control cívico al ampliar el alcance y el impacto social de dichas publicaciones»[76]. También esta función se encuentra desempeñada por parte del hackti-

---

[69] Un ejemplo concreto de ello sería el *hashtag #eurodiputadoscarasduras* empleado para protestar, entre otras cuestiones, por la oposición de los parlamentarios europeos de volar en segunda clase. Una protesta ciudadana *online* que logró ser noticia en los medios de comunicación y, por ende, insertarse en el debate público (Feenstra, *ibidem*).

[70] *Vid.* A. Casero-Ripollés y A. López-Meri, «Redes sociales, periodismo de datos y democracia monitorizada», en *Cuadernos artesanos de comunicación*, núm. 92, 2015, p. 111.

[71] Ofrece información de los diferentes vínculos existentes entre los gobernantes políticos y cargos públicos con el ámbito empresarial, en: *https://quienmanda.es.*

[72] Explica detalladamente los presupuestos del Estado y los de las Comunidades autónomas, en: *https://dondevanmisimpuestos.es;*

[73] En el que se recogen los nombramientos, subvenciones, o cualquier otro dato relevante para los ciudadanos en relación con esta función de control, en: *https://civio.es/el-boe-nuestro-de-cada-dia/*

[74] En: *https://civio.es/novedades/2015/07/24/cerramos-digodiego-es-los-diputados-ya-pueden-tuitear-tranquilos/*, pero actualmente ya no operativo debido, según se indica en la propia página web, «al escasísimo número de tuits interesantes borrados por los diputados».

[75] Lugar donde se recogen todos los indultos concedidos en España desde 1996, en: *https://civio.es/el-indultometro/.*

[76] R. A. Feenstra y A. Casero-Ripollés, «Democracy in the Digital...», *op. cit.,* p. 2457.

vismo; concepto que se refiere a aquel «hackerismo motivado política e ideológicamente»[77], denominado también desobediencia civil digital. Un ejemplo de ello serían los millares de ataques digitales suscitados en el contexto de conflictos políticos, como ocurrió durante la guerra de Irak, o en la situación actual vivida en Ucrania por la invasión rusa, contexto en el cual *Anonymous*[78] declaró la guerra cibernética a Rusia[79]. Por lo tanto, observamos que esta función, además de la extracción de información secreta y su correspondiente difusión, abarca también la tarea de realización de ataques contra portales o sistemas concretos, bloqueándolos o interrumpiendo el servicio.

En tercer lugar se halla la función de altavoz, con el surgimiento del denominado periodismo alternativo: aquellos canales de noticias que se sitúan más allá de los medios de comunicación convencionales, aunque estos últimos se hayan convertido al digitalismo. Estamos ante la función que da voz a todas aquellas noticias o asuntos fuera del discurso y la agenda política. Pero no únicamente ello permite una pluralidad de plataformas de información, que comporta un aumento de la capacidad de elección del individuo; abarca también la «auto generación» de noticias por parte de los mismos ciudadanos: *«ordinary people on Twitter are producing news and consuming news (especially "breaking news") produced by other ordinary people»*[80].

En cuarto y último lugar, se encuentra la función de representación más allá del Parlamento, la cual nos sitúa ante la faceta de la red de convertirse en acción social[81]. Se trata de los nuevos movimientos sociales o también individuos que, de forma particular, mediante el uso de las TICs gozan de una organización y movilización que incluso en ocasiones los llevan a estar presentes en el debate y agenda política[82]. Por un lado, estamos ante la función más empleada por el activismo social y por parte de los partidos minoritarios y/o sin representación[83].

---

[77] J. A. Silva Machado, «Movimientos Sociales y Activismo en Red», en *II Congreso Online del Observatorio para la Cibersociedad*, Barcelona, 2004, en: *http://each.uspnet.usp.br/machado/art04-05/movimientos_sociales.htm*.

[78] Se trata del pseudónimo de una red difusa formada por individuos de todo el mundo cuya tarea es la de realizar ataques informáticos con la finalidad de preservar la independencia de Internet y la libertad de expresión. *Vid*., G. Sánchez Medero, «La ciberguerra: los casos de Stuxnet y Anonymous», en *Nueva época*, núm. 11, 2012, pp. 130-131.

[79] *Vid.,* cualquier medio de comunicación en fecha 25 y 26 de febrero de 2022, como es el caso de *Huffingtonpost*, en: *https://www.huffingtonpost.es/entry/anonymous-declara-la-guerra-cibernetica-a-rusia_es_621927aee4b03d0c8038729f. Vid.,* más ejemplos de *hacktivismo* en G. Sánchez Medero, «La ciberguerra...», *op. cit.,* 127-129.

[80] D. Murthy, «Twitter: Microphone for the masses?», en *Media, Culture & Society*, 33(5), 2011, p. 780.

[81] *Vid.* N. García-Estévez, «Origen, evolución...», *op. cit.,* p. 144.

[82] El ejemplo por excelencia sería el auge del movimiento 15M gracias al uso de la red. *Vid.,* sobre esta cuestión R. A. Feenstra y A. Casero-Ripollés, «Democracy in the Digital...», *op. cit*.

[83] Observándose cómo los partidos emergentes, que no gozan de representación, su principal actuación se encuentra desarrollada en la red, especialmente realizando «un uso mayor,

Encontramos numerosos ejemplos de acción social a través de la red que han logrado introducir cambios en la agenda política e incluso en las mismas decisiones políticas, por ejemplo, y especialmente, mediante plataformas digitales de peticiones *online*, como es *Change.org* o *Avaaz.org*. Siguiendo con el caso anterior de la *Fundación Civio*, esta, conjuntamente con *Acces Info Europe*, en 2013 lanzó una campaña de recogida de firmas a través de *Change.org* cuyo objetivo era someter a la Ley de Transparencia española a todos los partidos políticos y no únicamente al Gobierno[84].

Efectivamente, la actual Ley 19/2013, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,* incorpora como sujetos a los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales (art. 3, Ley 19/2013). Otro ejemplo más reciente serían las campañas llevadas a cabo por la plataforma *Yo no renuncio*, una asociación que lucha por la conciliación familiar, uno de cuyos frutos está en proceso de aprobarse, pues la nueva Ley de Familias en tramitación parlamentaria —aunque actualmente en suspenso por la reciente disolución anticipada de las Cortes Generales— incorpora un permiso laboral de siete días por cuidado de hijos o ascendientes, «que son fundamentales, como hemos comprobado en esta pandemia, que nos ha obligado a sobrevivir como hemos podido»[85]. También destacan campañas exitosas iniciadas por ciudadanos a título particular, como es el del caso de un estudiante de 14 años que logró más de un millón de firmas para la eliminación de las reválidas recogidas en la LOMCE; o el caso de dos madres que, tras recoger 406.341 firmas, lograron que su Comunidad autónoma, Aragón, autorizase el uso de un medicamente para el tratamiento del *síndrome de Duchenne*[86].

Estas funciones desempeñadas por la *oposición digital* cuando ejerce el control *cívic*o del poder, anteriormente expuesto, ponen de manifiesto que estamos ante un concepto de *oposición* ampliado y diferenciado del concepto de oposición *política* o *parlamentaria*. La *oposición digital* aglutina todas aquellas voces, minoritarias o no, disidentes de la mayoría social y política; mientras que la oposición parlamentaria tradicional reside en el Parlamento y es ejercida por los representantes del pueblo que se oponen a la existencia del eventual

---

tanto en cantidad, como en calidad, de Twitter fuera de la campaña electoral» en comparación con los partidos con representación política. *Vid.*, A. González Bengoechea, «Redes sociales y política: El uso comunicativo de Twitter por parte de los principales partidos políticos», en *Fórum de Recerca*, Universidad Jaume I, núm. 20, 2015, pp. 539-555.

[84] *Vid.* A. Casero-Ripollés y A. López-Meri, «Redes sociales...», *op. cit.,* p. 111.

[85] Declaraciones de Laura Baena, presidenta de la asociación *Yo no renuncio*, en: *https://elpais.com/sociedad/2022-02-03/belarra-propone-un-permiso-retribuido-de-siete-dias-al-ano-para-cuidado-de-familiares.html* (consulta realizada el 25 de febrero de 2022).

[86] *Vid.,* estas y otras campañas de éxito a través de recogidas de firmas, en *https://www.change.org/l/es/12-momentazos-de-change-org-en-espana.*

Gobierno. Asimismo, el resultado de las recientes elecciones al Parlamento europeo de 9 de junio de 2024[87] son un ejemplo de la existencia de interacción entre la oposición digital y la oposición parlamentaria.

5. CONCLUSIÓN

«¿Puede actuar la sociedad como un contrapoder?»[88]. Efectivamente, Internet se ha convertido en el denominado «quinto poder» de Dutton, favoreciendo la función de la sociedad como *oposición digital*. Ello lo hemos observado a partir de tres elementos esenciales. En primer lugar, se ha constatado que el acceso a Internet es un derecho según el ordenamiento constitucional español. Incluso adquiere un cierto carácter *fundamental*, de forma implícita, en tanto que este se ha convertido en dimensión indispensable para el pleno desarrollo de otros derechos fundamentales. En segundo lugar, y en relación con esto último, observamos cómo el acceso a la red otorga una nueva dimensión al contenido esencial del derecho a la libertad de expresión e información, especialmente en aras de fomentar el pluralismo, ya sea con un mayor acceso a la información, ya sea con la autogeneración e intercambio de contenidos. Asimismo, el hecho de que a menudo asuntos no situados en la agenda política —ni tan siquiera presentes en el cuarto poder— logren entrar en ella, e incluso ser objeto de decisiones políticas, nos sitúa ante un verdadero contrapoder. En tercer lugar, este contrapoder se ha observado de forma concreta en el ejercicio de la participación de los ciudadanos en la *calle digital*: Internet ofrece la herramienta imprescindible para el desempeño de la tarea de control por parte de la sociedad. La Era digital ha implicado cambios que nos conducen ante la creación de una nueva forma de participar de la sociedad, transformando su acción colectiva, e incluso ante nuevas modalidades de comportamiento social y político. Ha quedado patente que algunas de las decisiones que se debaten y se aprueban en el Parlamento tienen su origen extramuros de los poderes tradicionales, lo cual evidencia la necesidad de referirnos a la presencia de esta *oposición digital* que actúa como contrapoder *cívico*. Estamos ante una modalidad de participación más allá incluso de la democracia participativa, pudiéndose denominar como participación extra-representativa o extra-institucional. Si hasta ahora «el voto [medía] la extensión de la voluntad […] el ruido mide también su intensidad»[89]. Y la *oposición digital*, ciertamente, es el actual altavoz de este ruido de la sociedad.

---

[87] En dichas elecciones una candidatura con origen principalmente en las redes sociales —denominada SALF— ha obtenido representación parlamentaria con el 4,58 por 100 de los votos.

[88] I. Gutiérrez, *La democracia indignada. Tensiones entre voluntad popular y representación política*, Granada, Ed. Comares, 2014.

[89] J. Ibáñez, *A contracorriente*, Madrid, Fundamentos, 1997.

Ahora bien, estamos ante una *oposición digital* alejada de toda legitimidad que le es propia a la oposición parlamentaria. Efectivamente actúa como contrapoder, pero ello no le exime del riesgo de ser víctima del populismo.

6. BIBLIOGRAFÍA

Ansuátegui Roig, F. J., «Los contextos de la libertad de expresión: paradigmas y nuevas fronteras», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 21, 2017, pp. 134-153.

Balkin, J. M., «Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society», *New York University Law Review*, núm. 79-1, 2004.

Barragán-Romero, A. I. y Bellido-Pérez, E., «*Fake News* durante la Primera Guerra Mundial: Estudio de su representatividad en las portadas de la prensa española (*ABC* Madrid)», en *Historia y comunicación social*, vol. 24, núm. 2, 2019, pp. 433-447.

Boix Palop, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», en *Revista de estudios políticos*, núm. 173, 2016, pp. 55-112.

— «Derechos de propiedad y garantía del pluralismo. Notas sobre el producto informativo en Internet y su tratamiento jurídico», en Cotino (coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónico*, Granada, Comares, 2010, pp. 59-88.

Casero-Ripollés, A., «Estrategias y prácticas comunicativas del activismo político en las redes sociales en España», en *Historia y Comunicación Social*, vol. 20, núm. 2, 2015, pp. 533-548.

Casero-Ripollés, A. y López-Meri, A., «Redes sociales, periodismo de datos y democracia monitorizada», en *Cuadernos artesanos de comunicación*, núm. 92, 2015.

Cerquozzi, F., «Diritto di acceso ad Internet e Costituzione». *Iusinitinere*, 24 de octubre de 2020, disponible en: *https://www.iusinitinere.it/diritto-di-accesso-ad-Internet-e-costituzione-31496.*

Cotino, L. «Derechos humanos, Internet y TICs», en Rey Martínez (dir.), *Los derechos humanos en España, un balance crítico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 418-480

— «El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, pp. 279-316.

— «*Online-offline*. Las garantías para el acceso a Internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos», en *Revista de Derecho Público*, núm. 108, 2020a, pp. 13-39.

— «La (in)constitucionalidad de la "intervención mordaza" o "apagón" de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto Ley 14/2019», en *Revista General de Derecho Administrativo, RGDA Iustel*, núm. 54, 2020b.

De las Heras Vives, L., «Las *fake news* ante el derecho penal español», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 12 bis, 2020, pp. 70-77.

Dias Oliva, T., «Content Moderation Technologies: Applying Human Rights Standards to Protecto Freedom of Expression», en *Human Rights Law Review*, núm. 20, 2020, pp. 607-640.

Doménech-Pascual, G., «La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)», en Ríos Vega y Spigno (eds.), *La libertad de expresión en el siglo xxi. Cuestiones actuales y problemáticas*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 193-215.

Dutton, W., «The Fifth Estate: A new Governance Challenge», en Levi-Faur (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

— *The fifth estate: the power shift of the digital age*, New York, Oxford University Press, 2023.

Escobar, G., «La libertad de expresión y el derecho a la información en la era de Internet», Jornadas *Exige la sociedad-red una nueva democracia?,* Fundación Manuel Giménez Abad y la Universidad Meléndez Pelayo, 22 y 23 de enero de 2008, Palacio de la Aljafería, Cortes de Aragón. Disponible en: *https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/la-libertad-de-expresion-y-el-derecho-la-informacion-en-la-era-de-Internet*.

Frosini, T. E., «Il diritto costituzionale di accesso a Internet», en *Rivista telemática giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, núm. 1, 2011, pp. 1-17.

Frosini, V., «L'orizonte giuridico del l'Internet», en *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 2, 2000, pp. 271-280.

Feenstra, R. A., *Democracia monitorizada en la era de la nueva galaxia mediátic*a, Barcelona, Icaria, 2012.

Feenstra, R. A. y Casero-Ripollés, A., «Nuevas formas de producción de noticias en el entorno digital y cambios en el periodismo: el caso del 15M», en *Revista Comunicación y Hombre*, núm. 8, 2012, pp. 129-140.

— «Democracy in the Digital Communication Environment: A Typology Proposal of Political Monitoring Processes», en *International Journal of Communication*, núm. 8, 2014, pp. 2448-2468.

Fernández Esteban, M. L., «Internet y los Derechos Fundamentales», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2013.

García-Estévez, N., «Origen, evolución y estado actual del activismo digital y su compromiso social. Ciberactivismo, hacktivismo y slacktivismo», *Actas del II Congreso Internacional Move.net sobre Movimientos Sociales y TIC,* Compolitícas Universidad de Sevilla.

García Morales, M. J., «La prohibición de la censura en la era digital», en *Teoría y Realidad*, núm. 31, 2013, pp. 237-276.

González Bengoechea, A., «Redes sociales y política: El uso comunicativo de Twitter por parte de los principales partidos políticos», en *Fórum de Recerca*, Universidad Jaume I, núm. 20, 2015, pp. 539-555.

Gutiérrez, I., *La democracia indignada. Tensiones entre voluntad popular y representación política*, Granada, Ed. Comares, 2014.

Ibáñez,, J. *A contracorriente*, Madrid, Fundamentos, 1997.

Kaufman, G. A., *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en Internet*, México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2015.

Lippmann, W., *La opinión pública*, Madrid, Cuadernos de Langre, 2003.

Lucena, I. V., «El derecho de acceso a Internet y el fortalecimiento de la democracia», en *Revista Internacional de Pensamiento Político I Época*, vol. 9, 2014.

Moya Cantero, E., «La emergencia del pronet@riado. Revisión crítica del concepto habermasiano de esfera pública», en *Revista de Filosofía*, vol. 37, núm. 2, 2012, pp. 7-30.

Munck, G. L., «Monitoreando la democracia: profundizando un consenso emergente», en *Revista de Ciencia Política*, vol. 26, núm. 1, 2006, pp. 158-168.

Muñoz Machado, S., «Internet y los Derechos Fundamentales», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 90, 2013, pp. 491-504.

Murthy, D., «Twitter: Microphone for the masses?», en *Media, Culture & Society*, núm. 33(5), 2011, pp. 779-789.

Ordóñez Solís, D., «La reformulación de los derechos fundamentales en la era digital: privacidad, libertad de expresión y propiedad intelectual», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 401-433.

Pauner, C., «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red», en *Teoría y realidad*, núm. 41, 2018, pp. 297-318.

Pisa, R., «L'accesso ad Internet: un nuovo diritto fondamentale*?*», en *Istituto Treccani*, 2010, en: *https://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_internazionale_e_comparato/2_Pisa_Internet.html.* (fecha consulta: 25/02/2022).

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M., «El discurso del odio a través de Internet», en Revenga Sánchez (dir.), *Libertad de expresión y discurso del odio*, Madrid, Editorial Universidad de Alcalá, 2015, pp. 149-186.

Sampedro, V., *El cuarto poder en red*. *Por un periodismo (de código) libre*, Barcelona, Icaria, 2015.

Sánchez Medero, G., «La ciberguerra: los casos de Stuxnet y Anonymous», en *Nueva época*, núm. 11, 2012, pp. 124-133.

Sartor, G., «Human rights in the information society», en *European University Institute Law Department,* 2010*,* en *https://ssrn.com/abstract=1707724.*

Silva Machado, J. A., «Movimientos Sociales y Activismo en Red», en *II Congreso Online del Observatorio para la Cibersociedad,* Barcelona, 2004, en: *http://each.uspnet.usp.br/machado/art04-05/movimientos_sociales.htm.*

Teruel Lozano, G. M., «El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en Cotino (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Valencia, PUV, 2011, pp. 52-87.

— «Apuntes Generales sobre la libertad de expresión en Internet», en *Anales de Derecho*, núm. 28, 2010, pp. 121-140.

— «Libertad de expresión y censura en Internet», en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, núm. 2, 2014, pp. 41-72.

CAPÍTULO XIX

MAYORÍA Y MINORÍA EN EL JUICIO DE IGUALDAD

Elia Marzal Yetano
Profesora Agregada de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

Como en el caso de los instrumentos llamados contramayoritarios, el principio de igualdad representa una vía para contrarrestar el poder de la mayoría. Pero lo hace aportando una lógica distinta de la habitual, alejada de la estrictamente institucional, para introducirse en el terreno de lo valorativo, de la comparación cualitativa entre mayoría y minoría. Su importancia reside, no en el hecho de incorporar nuevos actores a la toma o al control de decisiones a fin de contrapesar el poder de la mayoría, sino de cuestionar la diferenciación hecha entre grupos por la mayoría en el ámbito concreto de la justicia distributiva, es decir, en el de la asignación de bienes o cargas, de derechos u obligaciones, llevando a la justicia constitucional a tener que valorar la legitimidad del criterio con el que se ha efectuado el reparto, la comparación a la que se ha procedido entre colectivos y, en definitiva, la realidad sustantiva asumida respecto de cada uno de ellos.

La igualdad se sitúa por tanto en un ámbito específico de confrontación entre mayoría y minoría, especialmente problemático por la escasez que puede darse de recursos a distribuir[1], pero también por la

[1] F. Rey Martínez, «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 168.

dificultad valorativa que plantea el criterio de justicia que impone: el del tratamiento que corresponde en función de lo que cada grupo y en cada situación representa materialmente respecto del resto.

Es esta especial dificultad la que se pretende abordar aquí. Y para ello se analiza la construcción del juicio de igualdad (la exigencia de igualdad en el contenido de la ley) a la luz de su relación con el principio mayoritario, habiendo variado la función que cumple la igualdad respecto de la regla de la mayoría y, tal y como se examinará, también el tipo de Estado constitucional que sirve de marco a esa relación.

El capítulo se estructura en dos partes, de acuerdo con esas premisas. En la primera parte (apartado 2), más breve, se delimita la idea que estructura el trabajo, la evolución que sufre el principio de igualdad, la transición de la igualdad formal a la material, y la modificación que eso comporta en la relación entre mayoría y minoría, que pasaría de cuantitativa a cualitativa. El principio de igualdad pasa de representar, en el Estado liberal, el fundamento de legitimidad de la decisión de la mayoría (en tanto que permite que la decisión pueda ser asumida por la minoría), a constituir, en el Estado social, un límite a esa decisión (la asignación de recursos entre grupos debe corresponderse con unos determinados rasgos cualitativos, a fin de asignar a cada grupo lo que materialmente le corresponde), a la vez que un objetivo a perseguir (revertir la desigualdad extrajurídica y por tanto la distribución entre colectivos, garantizar la igualdad en las consecuencias de la norma, pero entonces también el derecho al trato desigual). En la segunda parte (apartado 3), más extensa y que ocupa el cuerpo fundamental del trabajo, se diseccionan los aspectos inherentes a esos cambios que se operan en la igualdad, las implicaciones del nuevo principio que surge con el Estado social. Por un lado (subapartado 3.1), los elementos en los que se descompone el juicio de igualdad, el cual pasa a representar una prohibición de discriminación. Por otro (subapartado 3.2), los problemas que se generan con esa operación a la que obliga la igualdad: la configuración de la igualdad como un metaprincipio que otorga un enorme margen de discrecionalidad tanto al legislador como a la justicia constitucional que lo controla, especialmente problemático cuando lo que se plantea es el derecho al trato desigual, necesario para garantizar la igualdad real, pero con el que emergen las minorías como grupos cuya característica es la especial vulnerabilidad o subordinación a la mayoría.

A tal efecto, el análisis se sitúa en el contexto del Derecho positivo constitucional español, si bien en el marco más amplio de los sistemas jurídicos que impulsan esas transformaciones en la construcción jurisprudencial y dogmática del principio.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA IGUALDAD A LA LUZ DE SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO MAYORITARIO: DE LA IGUALDAD FORMAL, COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD, A LA IGUALDAD MATERIAL, COMO LÍMITE Y COMO OBJETIVO

El principio de igualdad representa un principio ético básico, una exigencia de igualdad de trato entre seres humanos, al margen de sus rasgos[2]. Y si bien el liberalismo hace consecuentemente abstracción de esos rasgos distintos a fin de otorgar a todos el mismo régimen jurídico (igualdad en la acción estatal), la justicia distributiva, reivindicada por el Estado social, defiende precisamente la necesidad de su toma en consideración, como medio para garantizar la igualdad material de trato (igualdad en las consecuencias de la acción), procediendo a la asignación de posiciones en el ordenamiento jurídico en función de los méritos o de las cualidades de cada uno.

El significado del principio de igualdad ha variado así profundamente a lo largo del tiempo, a pesar de que los preceptos que de manera general lo formulan no lo hayan hecho. Para el primer liberalismo, lo único constitucionalmente relevante es la condición de ciudadano, al que como tal corresponde un determinado régimen de derechos y libertades fundamentales. No resulta así posible diferenciar al respecto entre miembros del cuerpo político, quedando suprimido todo privilegio o vestigio de la sociedad estamental, como consecuencia del presupuesto moral o filosófico sobre el que se erige el nuevo sistema político, la idéntica dignidad de los integrantes de la comunidad política. Pero sí se entiende sin embargo admisible supeditar el ejercicio de determinados derechos (constitucionales o no) al cumplimiento de requisitos sociales o económicos que sólo puedan satisfacer algunos, siempre que sean exigidos a todos y sean además al menos formalmente susceptibles de ser cumplidos por todos.

Más allá por tanto de esa igualdad (formal) en el estatuto jurídico del ciudadano, la ley puede legítimamente dar lugar a diferencias entre colectivos, sin que ello tenga relevancia constitucional o sin que la condición de aplicación o el criterio de diferenciación seleccionado por el legislador sea pues fiscalizable, en tanto que el Estado liberal no se configura a partir de esas diferencias. Las diferencias que hay, y que se limitan a reflejar las leyes como un hecho natural, el de las relaciones entre las fuerzas sociales[3], son consideradas secundarias o fluctuantes. Estas resultan del libre juego entre mayoría y minoría, siendo expresión del desacuerdo o de la diversidad implícita en el principio mayoritario.

---

[2] F. Laporta San Miguel, «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 67, 1985, p. 4.

[3] F. Rubio Llorente, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 623.

Y son, en efecto, diferencias reversibles en la medida en que mayoría y minoría son intercambiables, al estar estas cohesionadas en una unidad a través del principio de igualdad, que hace atribuible a la minoría la decisión de la mayoría y que a su vez permite a la minoría, cuyos miembros tienen los mismos derechos fundamentales que la mayoría, llegar a ser en algún momento mayoría.

El Estado liberal no busca, así pues, diferenciar activamente, sino más bien preservar lo que se considera el equilibrio natural entre colectivos, limitándose la exigencia de la igualdad a la acción del Estado y no a sus consecuencias o resultados. Desde la perspectiva de la igualdad liberal, basta así con asegurar la exigencia de universalidad de las leyes (lo que no implica propiamente una operación de comparación) y la igual eficacia normativa de esas leyes, es decir, su aplicación con criterios uniformes (al margen de la persona a la que se le aplican), con lo que igualdad se equipara a legalidad.

Desde la óptica, en cambio, del Estado social, que persigue la garantía de los derechos sociales y la progresiva democratización de la sociedad, el Derecho puede y debe tratar de corregir las diferencias no jurídicas, tener un papel transformador de la sociedad, y ello implica pasar a entender la exigencia de la igualdad en relación a las consecuencias de la norma. Así, lejos de aceptar el postulado liberal de una misma ley para todos, el Estado social defiende, al contrario, una progresiva diferenciación de regímenes en función de las distintas circunstancias de los colectivos, de los diferentes puntos de partida de los individuos. La igualdad sobre la que se construye el Estado social es, por consiguiente, la de la justicia distributiva, que obliga a dar a cada uno lo suyo, a variar la acción del Estado, que distribuye posiciones, en función de las circunstancias específicas (materiales) que subyacen a la categoría formal de ciudadanía y sobre la base del régimen común jurídico-constitucional que impone la igualdad formal.

A diferencia, así, de la justicia conmutativa, que se ocupa del equilibrio en las transacciones entre individuos y prescinde de las características concretas de esos individuos, la justicia distributiva se centra en la simetría entre lo que la comunidad asigna y el que lo recibe, al tiempo que tiene en cuenta (y por tanto compara con) el resto de receptores y lo que a estos se les otorga. Se trata de un tipo de justicia que vela, en definitiva, por la proporción en la relación del todo respecto de las partes, «en la transferencia de algo de lo común a los particulares»[4], lo que, en la fórmula aristotélica clásica de justicia, no numérica sino proporcional, significa tratar igual lo igual y desigual lo desigual.

[4] T. de Aquino, *Comentario a la Ética a Nicómano de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, 2010, p 298.

Con el Estado social, el Derecho deja, en efecto, de ser contemplado como un instrumento limitado a regular las relaciones sociales o económicas que la sociedad espontáneamente genera, para estar asimismo encargado de transformarlas y de consiguientemente propugnar una nueva comprensión de las instituciones jurídicas correspondientes, así como también entonces de cuestionar la división tradicional entre mayoría y minoría. En ese contexto, la igualdad material pasa a ser el objetivo que preside la acción del legislador (su finalidad), al mismo tiempo que su límite, dado que, si la ley puede identificar colectivos de ciudadanos a los que conceder un determinado tratamiento jurídico para lograr la igualdad material, también puede entonces apreciar equivocadamente la particularidad del colectivo frente a la mayoría. El legislador puede, en resumidas cuentas, producir artificialmente un grupo y configurar un tratamiento no ajustado a la realidad, vulnerando con ello la igualdad, en tanto que arbitrario (no justificable en base a las circunstancias materiales del colectivo en su relación a la mayoría), lo que hace necesario el control de constitucionalidad del contenido de las leyes.

Ese control no puede, sin embargo, implantarse en Europa antes del período de entreguerras, en la medida en que ha de ir acompañado del cambio de mentalidad que se produce solo entonces. Su introducción requiere, en definitiva, un contexto de mayor sensibilidad o conciencia social ante las desigualdades, así como de percepción de que el Derecho no es un instrumento neutro y aséptico que opera en una realidad natural o dada sino uno con un impacto sobre esa realidad.

3. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA MATERIAL: EL CAMBIO DE SIGNIFICADO Y EL DERECHO AL TRATO IGUAL QUE DA PASO AL TRATO DESIGUAL

3.1. La igualdad en el contenido de la ley como prohibición de discriminación: la relevancia del *tertium comparationis* y la proporcionalidad de la diferencia de trato

Este cambio en la comprensión del principio de igualdad, el denominado «cambio de significado» (*Bedeutungswandel*), vinculado a la inclusión de la igualdad entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de Weimar, es teorizado y formalizado por primera vez en Alemania, a partir de la reunión de 1926 de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, en la que se discute la interpretación del principio de igualdad propuesta por Triepel y Leibholz, y que con los años acaba imponiéndose. Lo que estos juristas entonces defienden no es, lógicamente, prohibir toda diferenciación normativa,

ya que ello significaría tener que otorgar un trato idéntico[5], ni obligar tampoco a suprimir toda diferencia existente fuera del Derecho[6], sino solo la norma jurídica discriminatoria o arbitraria.

Tal y como formulado por Leibholz, la igualdad es «lo que, de acuerdo con la conciencia jurídica de cada momento, representa la concreción no arbitraria del Derecho respecto de los sujetos jurídicos, a través de la legislación y la ejecución (justicia y administración)»[7]. Y ello comporta abandonar la comprensión de la igualdad como exigencia de generalidad de las normas, en el sentido de universalidad, requisito que, como ya se ha indicado, solo se refiere a la forma lógica de la norma, a la previsión de una condición de aplicación que ha de incluir a todos los miembros de una clase[8], y que no tiene entonces por qué necesariamente implicar una comparación, ni garantizar por tanto tampoco la igualdad o justicia en el trato estipulado.

La igualdad pasa a ser mandato de no discriminación, una exigencia relativa al contenido de la norma. Así lo confirma el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia, de 23 de octubre de 1951[9], en la que amplía el objeto del art. 3.1 de la Ley Fundamental (LF), a base de prescindir de la literalidad que parece limitarlo a los actos de aplicación de la ley («Todas las personas son iguales ante la ley»), al tiempo que circunscribe el alcance del principio de igualdad a la interdicción de arbitrariedad o, lo que es lo mismo, a la necesidad de hallar un fundamento razonable al trato igual o desigual.

Con ello, el Tribunal viene a zanjar el intenso debate doctrinal iniciado en la referida reunión de 1926 y que enfrentó durante el período weimeriano a iusnaturalistas y iuspositivistas, a partidarios de entender el principio de igualdad como un principio suprapositivo o mandato general de trato justo para los poderes normativos, y partidarios, en cambio, de exigir la igualdad solo en la medida en que la norma constitucional lo hiciera en relación con un rasgo determinado[10]. El Tribunal parece hallar un punto intermedio entre esas dos posturas, al afirmar, por un lado, que la igualdad sí que vincula al legislador, y rechazar, por otro, poder controlar normas contrarias al principio de igualdad que no

---

[5] Así lo expresan décadas más tarde el Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH), en la Sentencia de 23 de julio de 1968, *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica*, par. 3, y el Tribunal Constitucional (TC) en la STC 22/1981 (FJ 3).

[6] De ese modo se pronuncia el TC en las SSTC 49/1982 (FJ 2) y 83/1984 (FJ 3).

[7] G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München, Beck, 1959, p. 87.

[8] F. Laporta San Miguel, *op. cit*., p. 7.

[9] BVerfGE 1, 14.

[10] Para un análisis de ese debate, así como de la evolución histórica del principio de igualdad, *vid*. F. Simón Yarza, «De la igualdad como «límite» a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 73-113, especialmente las pp. 94-103.

sean arbitrarias (irrazonables). El cambio de significado no comporta así la adhesión a tesis más avanzadas, defensoras de un concepto de igualdad real, relativo a las consecuencias de la norma, lo que exigiría garantizar también el derecho al tratamiento desigual. En la interpretación del Tribunal, el trato desigual solo representa una posibilidad con la que cuenta el legislador, no una obligación, significando fundamentalmente la igualdad un derecho a la no utilización de un criterio de diferenciación irrelevante.

En el caso de la Constitución española (CE), el precepto relevante desde esta perspectiva es el art. 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Y es la primera frase de ese precepto («Los españoles son iguales ante la ley») la que expresa el mandato denominado genérico de igualdad que, si bien se ajusta a la idea de igualdad en sentido formal, también ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional (TC) en el sentido de igualdad material, de conformidad con una, en 1978, ya muy consolidada doctrina y jurisprudencia constitucional europea[11].

No se ha discutido así que, a pesar de lo escueto de la frase, la igualdad del art. 14 promulga un deber de igualdad de trato en la esfera jurídica que incluye tanto la igualdad en la aplicación como en el contenido, y que, tal y como ya ha sido señalado, no prohíbe toda diferencia de trato sino solo la discriminatoria o arbitraria, es decir, la que no se ajusta al requisito de la razonabilidad. La segunda parte del precepto expresaría, en cambio, un mandato de no discriminación en sentido estricto, a base de identificar una serie de rasgos que directamente no admiten posibilidad de ser utilizados para diferenciar[12], y a lo que se volverá más adelante.

A diferencia, pues, del principio de igualdad como exigencia de universalidad, la igualdad como mandato de no discriminación sí obliga a una comparación, al pasar a representar la igualdad una norma relacional (STC 76/983, FJ 2). Es decir, una que exige una cualidad predicable de la relación entre dos términos, aunque resultado del juicio entre tres elementos - los dos que se contrastan y el llamado *tertium comparationis* o criterio en función del cual se compara y que determina el sentido de la comparación, así como el resultado del juicio de igualdad[13].

De ese modo, la igualdad se erige en mecanismo para evaluar la legitimidad de las diferencias de régimen jurídico que establecen las leyes. Y

---

[11] J. C. Gavara de Cara, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 33.

[12] De manera parecida, el art. 3 LF, en su tercer párrafo declara: «Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico».

[13] F. Rubio Llorente, *La forma del poder*, *op. cit*., p. 638.

se introduce, en suma, la igualdad en el contenido de la ley, en relación con el reparto de posiciones jurídicas en el ordenamiento, de bienes o cargas distribuibles, siendo especialmente problemático ese reparto en contextos de escasez de recursos y de normas, por tanto, de contenido prestacional, respecto de las que se hace necesario una evaluación valorativa de la norma, del juicio de igualdad realizado por la mayoría.

Concretamente, la igualdad pasa a ser el parámetro de constitucionalidad desde el que evaluar dos cosas. Por un lado, la legitimidad del criterio de diferenciación empleado en la ley, el *tertium comparationis*, la característica que ofrece el punto de mira, y que además de tener que ser preciso y relativo a concretos derechos o deberes (STC 40/1989, FJ 4), debe, en todo caso, ser relevante, en el sentido de que no pueden diferenciarse supuestos esencialmente iguales (STC 148/1986, FJ 6), desde la perspectiva de la finalidad de la norma (STC 45/1989, FJ 5) o de la protección de bienes y derechos buscada por el legislador (STC 68/1990, FJ 5). Por otro lado, la adecuación entre la diferencia observada y las medidas previstas o, en otras palabras, la proporcionalidad de las consecuencias jurídicas respecto de la finalidad de la norma, en tanto que esta es la que determina la selección del criterio de diferenciación (entre otras, SSTC 75/1983, FJ 2, 209/1988, FJ 6 o 158/1993, FJ 2, así como la ya citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— de 23 de julio de 1968, par. I.B.10, *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica*).

El punto de partida del juicio de igualdad es, por consiguiente, la observación de un trato desigual dado a supuestos en los que, al menos aparentemente, se da una igualdad fáctica parcial (STC 181/2000, FJ 10), sin que pueda haber coincidencia en todos los extremos comparables entre dos situaciones. Y debe a continuación procederse a valorar si esa igualdad observada es esencial, lo que convertiría a la diferencia de trato en discriminatoria, para lo que resulta preciso enjuiciar la relevancia del criterio de diferenciación.

En palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán, la igualdad será esencial si para el tratamiento desigual «no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que calificarse de arbitraria»[14]. Formulado por el Tribunal español (STC 144/1988, FJ 1), el legislador no puede configurar «los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación», debiéndose impedir «que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresa-

[14] BVerfGE 1, 14 (52).

mente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria». Finalmente, en caso de no considerarse que la igualdad es esencial y pueda entonces haberse diferenciado legítimamente, se deberá analizar la proporcionalidad del tratamiento previsto.

De esta manera, se controlan y censuran solo las vulneraciones más graves, en tanto que hay supuestos que pueden ser legítimamente tratados tanto de manera igual como desigual. Se trata, en efecto, de un juicio libre el de igualdad, pero sometido a unos límites, que son los que marca el concepto de arbitrariedad y que deja al legislador un margen de discrecionalidad importante, siendo ello calificado por Alexy como la «versión débil de la máxima de igualdad». No se exige la solución más justa, sino solo evitar la discriminatoria[15], y así lo confirma pronto el Tribunal Constitucional en la STC 65/1982 (FJ 4)[16], lo que, junto con sus implicaciones, se analiza más en detalle en el siguiente apartado.

3.2. La igualdad como principio metajurídico: racionalidad y subjetivismo judicial en la identificación de la arbitrariedad y emergencia del derecho al trato desigual

3.2.1. El margen de discrecionalidad inherente al juicio de igualdad y los esfuerzos jurisprudenciales por reducirlo

Tal y como se acaba de exponer, con el llamado cambio de significado, la exigencia de generalidad de la norma se ve desplazada por el mandato de no discriminación, es decir, por la prohibición de utilización de un criterio de diferenciación irrelevante, así como de estipulación de un tratamiento desigual no ajustado a la diferencia observada, a base de remitir al criterio clave de la razonabilidad. Y si bien la equiparación así hecha entre igualdad y exigencia de razonabilidad permite dotar de valor jurídico al concepto de igualdad y controlar consiguientemente al legislador, también es justamente esa equiparación lo que debilita, al tiempo que singulariza, a la igualdad como mecanismo de control.

Ciertamente, el criterio de la razonabilidad es demasiado vago como para limitar fácilmente a un poder como el legislativo, que está sujeto a un texto, el cual, de acuerdo con el principio democrático, se ciñe a plantearle límites en la forma, esencialmente, de valores indero-

[15] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 394.

[16] Otras sentencias en las que el TC le reconoce un amplio margen de apreciación al legislador, en el ámbito de diferenciaciones hechas por motivos de política económica, son las siguientes: 197/2003 (FJ 3), 78/2004 (FJ 2) y 149/2004 (FJ 5).

gables[17], confiriéndole ello un enorme margen de discrecionalidad. Pero la remisión a la razonabilidad por otro lado también comporta sacar el parámetro de control fuera de la Constitución y adentrar al intérprete de la norma en el terreno de la razón práctica, a fin de determinar la licitud o no de la norma que otorga relevancia a cualquiera de las desigualdades fácticas de la realidad[18].

Más allá, por tanto, de la vaguedad del término, el problema fundamental que plantea el criterio de la razonabilidad es la reducción que hace del parámetro de validez a una obligación formal, sin poder el precepto constitucional, pero tampoco la justicia constitucional que trate de proceder a su interpretación, suministrar de antemano pautas materiales que concreten dicho canon para los supuestos específicos en los que eventualmente se suscite su aplicación. Con la razonabilidad, se habilita, en definitiva, un parámetro de validez cuya concreción material (lo que sea considerable razonable) queda en cada ocasión a cargo del intérprete y controlador de la norma, en el mismo acto de su aplicación y a la luz de las circunstancias particulares en las que se produzca la comparación, en tanto que, como ya se ha dicho, el llamado cambio de significado consiste principalmente en conceptualizar la igualdad como una noción relacional, que requiere, pues, una comparación, y que exige consiguientemente decidir previamente y en cada caso cuál de los diferentes aspectos comparables entre dos situaciones es el que debe utilizarse como *tertium comparationis*, por ser el relevante conforme a la finalidad de la norma.

Desde la óptica más concreta del control de la ley, eso significa en todo caso dos cosas. Primero, que la Constitución puede no contener una prohibición expresa al legislador de utilización de criterios específicos de diferenciación desde la que proceder a su control, sin que ello comporte que el poder legislativo no tenga límites en lo relativo a las diferenciaciones que haga entre grupos. Y segundo, o concreción de lo anterior, que el *tertium comparationis* ya no es algo que decida libremente el legislador, como sucedía en el Estado liberal, sino que resulta de su condición material de relevante, siendo entonces susceptible de ser directamente apreciado por el intérprete de la norma, que controla al legislador. Dicho de otra manera, la invalidación de la ley resulta posible sin que preexista una prohibición dirigida al legislador —*praeter legem*, en los términos utilizados por Simón Yarza[19]— pero sin ni siquiera tampoco un parámetro de validez previamente acotado, aunque sea jurisprudencialmente, en un determinado nivel material de protección, sino en una mera obligación de razonamiento.

---

[17] J. Jiménez Campo, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 1983, p. 102.

[18] F. Rubio Llorente, *op. cit*., p. 626.

[19] F. Simón Yarza, *op. cit*., p. 110.

La igualdad, como mandato genérico de no discriminación, se diferencia, así, del resto de derechos fundamentales en que su estructura no es de regla jurídica, pero ni siquiera tampoco de principio o, en la terminología de Alexy, de mandato de optimización. Ello permitiría al menos la operación de ponderación entre dos bienes jurídicos en competencia para tratar de proteger lo máximo posible los bienes en liza, dadas las circunstancias de la colisión. Se trata más bien de una metanorma, un precepto encargado de organizar y gestionar el cuerpo de normas del ordenamiento, en tanto que lo que hace es imponer una obligación de razonamiento que equivale a una obligación de justicia formal, un ejercicio de ponderación no entre bienes o intereses distintos en conflicto, sino entre las razones existentes a favor de la igualdad o la desigualdad de tratamiento[20].

No resulta, así, posible identificar previamente un ámbito material concreto de protección o ni siquiera una finalidad específica perseguida con su proclamación[21], remitiéndose con ello al espacio metajurídico[22]. La igualdad como principio, directriz o mandato al legislador tiene, en definitiva, un sentido y una función metanormativa respecto de las normas, e introduce una exigencia de estructura, contenido y efectos, susceptible además de ser materializada con diferentes grados de intensidad, así como de concretarse no en un único enunciado sino en un conjunto de ellos[23], cuyo significado subyace a toda la estructura constitucional[24].

El problema que en última instancia plantea, así pues, la razonabilidad no es solo el amplio margen de discrecionalidad con el que sigue contando el poder legislativo (la mayoría que decide) sino también el que pasa a tener la jurisdicción constitucional a la hora de controlar a esa mayoría en nombre de la minoría. Y se suscita consiguientemente la pregunta de si es posible un control racional de la mayoría sobre la base de la igualdad y si lo que comporta el principio de igualdad no es entonces una transferencia de la competencia del legislador al tribunal constitucional, al que se traslada la decisión última, en un terreno además escurridizo y con posible impacto económico, con lo que al problema de la inseguridad jurídica, inherente a la vaguedad del término de la razonabilidad, se sumaría el de la legitimidad democrática.

En este sentido, el principio de igualdad representa el punto de tensión, irresoluble, entre el legislador y el juez, entre la política y el

---

[20] L. Prieto Sanchís, «Igualdad y minorías», *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 2, 1995, p. 119.

[21] J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 213.

[22] F. Laporta San Miguel, *op. cit*., p. 2.

[23] *Ibid*., p. 13.

[24] F. Rubio Llorente, *op. cit*., p. 605.

Derecho[25], entre el respeto a la autonomía política del legislador, que para legislar debe diferenciar, diversificando además de manera cada vez mayor en el Estado social, y el valor jurídico de la igualdad[26], entre la mayoría y la minoría. Desaparecida la confianza en el legislador, surge especialmente en materia de igualdad la preocupación adicional por el peligro de que también incurra el tribunal constitucional en arbitrariedad al controlar al legislador[27], representando la igualdad un espacio límite para la jurisdicción constitucional, en tanto que el riesgo es muy grande de derivar hacia un subjetivismo jurisdiccional, en el que lo que se ejerce es un control de equidad o de oportunidad[28].

De acuerdo con ello, todo el esfuerzo doctrinal y jurisprudencial en materia de igualdad se concentra desde el período de entreguerras en tratar de concretar esa exigencia de racionalidad. Las primeras síntesis de esos esfuerzos vienen del TEDH, el cual, en su Sentencia, ya citada, de 23 de julio de 1968, así como en la de 27 de octubre de 1975[29], equipara igualdad a justificación objetiva y razonable de la diferencia, con lo que descompone el significado jurídico de la igualdad, a fin de acotar ámbitos susceptibles de ser más fácilmente controlables.

El desarrollo de este esquema se da a nivel nacional, tratando las jurisdicciones constitucionales de precisar el significado de los dos elementos que deben calificar la justificación de la diferencia. Así, y en relación con el primero de los conceptos, el Tribunal Constitucional español ha interpretado objetividad como generalidad de la norma (SSTCS 42/1981, FJ4, 44/1995, FJ 5, 50/1986, FJ 4 o 148/1996, FFJJ 9 y 10, entre otras). Pero se trata de una jurisprudencia no clara y oscilante, que más adelante es remplazada por otra en la que el Tribunal tiende más bien a identificar la objetividad con la justificabilidad de las decisiones adoptadas, en el sentido de exclusión de criterios subjetivos, arbitrarios o no razonables, admitiendo que el carácter general de la norma es compatible con un tratamiento arbitrario o vulnerador del principio de igualdad (STC 166/1986, FJ 11). De ese modo, el Tribunal acaba haciendo converger su significado con el del segundo requisito señalado por el TEDH, la razonabilidad, pero sin lograr llevar más lejos del propio concepto de arbitrariedad, que es el que en definitiva se trata de concretar[30].

En efecto, a la hora de tratar de dotar de contenido al concepto de la razonabilidad, el TC descarta de entrada hacerlo en relación a la finalidad de la norma, dado el amplio margen de discrecionalidad que la

---

[25] *Ibid*., p. 631.

[26] J. Jiménez Campo, *op. cit*., p. 76.

[27] F. Simón Yarza, *op. cit*., p. 104.

[28] J. Jiménez Campo, *op. cit*., p. 78.

[29] *Caso sindicato nacional de la policía belga*.

[30] A. Ruiz Miguel, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» *Doxa*, 19, 1996, p. 49.

Constitución confiere al legislador y que hace difícil poder considerar que la finalidad perseguida es inconstitucional (SSTC 50/1986, FJ 4, o 209/1988). En el razonamiento del TC, el art. 14 no prejuzga la finalidad de la norma, cuya identificación no resulta ni siquiera siempre evidente, y en función de la cual varía además el *tertium comparationis*, dificultando todavía más el control racional del legislador. Pero sí se entiende sin embargo posible comprobar luego la concordancia de esa finalidad con la realidad[31], y el TC ha reconducido así la idea de la razonabilidad al terreno más restringido de la adecuación entre la distinción realizada en la norma y la finalidad perseguida (SSTC 125/2003 y 199/2004). En todo caso, el Tribunal no lo concibe como un examen técnico a realizar, sino valorativo y que permite concluir que las normas son inapropiadas sin ser arbitrarias, con lo que el TC vuelve a confirmar el margen importante de discrecionalidad del legislador.

Es esta importancia conferida al margen legislativo de apreciación, así como, en definitiva, la deferencia hacia el legislador, la que, en efecto, estructura el razonamiento constitucional en materia de igualdad. Así lo explicita el Tribunal en las SSTC 49/1982, FJ 2 y 75/1983, FJ 2, requiriendo en esta última «que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los arts. 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada».

Al legislador, en suma, se le exige fundamentar su decisión en base a la finalidad perseguida, es decir, justificar racionalmente los juicios de valor, tras una valoración de conjunto de los elementos fácticos y normativos[32]. Y la justicia constitucional puede valorar ulteriormente si efectivamente se da lo que Alexy califica de razón suficiente en favor de un tratamiento o de otro, en función de si considera posible entender que el trato no es arbitrario[33]. El juez constitucional debe para ello buscar en lo que Leibholz llama la «conciencia jurídica de la comunidad», fuera así del Derecho, por la vía de la abstracción que implica el juicio de razonabilidad, en el espacio de lo metajurídico[34], convirtiéndose

[31] F. Rubio Llorente, *op. cit.,* pp. 1194-1195.
[32] L. Prieto Sanchís, *op. cit*., p. 115.
[33] R. Alexy, *op. cit.,* p. 395.
[34] F. Simón Yarza, *op. cit*., p. 105.

la igualdad en un ejercicio global de comparación, fundamentación y valoración jurídica de la diferencia o similitud[35].

3.2.2. La fuerza expansiva de la igualdad y el salto al derecho al trato desigual

Esa autocontención por parte de la justicia constitucional a la hora de garantizar el derecho al trato igual no basta, sin embargo, para frenar la dinámica desatada por la introducción de la lógica de la igualdad material en los sistemas constitucionales. Si bien la vaguedad inherente al concepto de razonabilidad, sobre la que se construye el juicio de igualdad, permite justificar una deferencia hacia el poder legislativo por parte de la jurisdicción constitucional y evitar con ello la declaración de inconstitucionalidad de muchas de las diferenciaciones impuestas por la mayoría, la idea de la igualdad material que inspira el Estado social acaba inevitablemente comportando tener que ir más allá del derecho al trato igual y, por tanto, de la corrección de las desigualdades únicamente jurídicas. Pero los problemas de seguridad jurídica y de legitimidad democrática que ese ulterior desarrollo implica son lógicamente todavía mayores.

De hecho, las propias Constituciones, en coherencia con la esencia del principio de igualdad material o de justicia distributiva, que exige dar a cada cual el tratamiento que le corresponde, tratando igual lo igual y desigual lo desigual, no solo proclaman el derecho fundamental de igualdad, concretado en el derecho al trato igual o, lo que es lo mismo, en la prohibición de discriminación. Las Constituciones configuradoras del Estado social también reconocen la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades y de diferenciar, por tanto, en función de las características de cada grupo.

Directamente inspirado en la segunda parte del art. 3 de la Constitución italiana[36], la Constitución española anuncia, en su art. 9.2, el objetivo de la igualdad real: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

---

[35] J. C. Gavara de Cara, «El principio de igualdad», en J. C. Gavara de Cara, (coord.), *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario (1978-2003)*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2004, p. 73.

[36] Art. 3 de la Constitución de la República italiana de 1947: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País».

Dicho precepto impulsa, así, explícitamente a los poderes a otorgar los tratamientos desiguales que requieran las específicas circunstancias materiales de partida, a fin de corregir las desigualdades extrajurídicas y transformar consiguientemente la realidad[37].

No obstante, y a diferencia de lo que ocurre en la Constitución italiana (en la que se proclama en un único precepto la igualdad formal y el objetivo de la igualdad sustantiva), la proclamación de la igualdad real es una realizada por el poder constituyente español fuera del art. 14, pero también del Título I sobre derechos fundamentales. El art. 9.2 no reconoce, pues, un derecho subjetivo, se limita a imponer un objetivo, un mandato en la forma de principio, dirigido a los poderes públicos, sin que sea de ninguna manera reclamable esta actuación (y en especial, la del poder legislativo) por parte de los particulares.

La jurisprudencia constitucional en relación al art. 9.2 es rotunda en este sentido. Tal y como reiteradamente declarado por el Tribunal, mientras que el art. 14 sí configura un derecho subjetivo al trato igual, el art. 9.2 no hace lo mismo con el trato desigual, sino que establece un mandato genérico de consecución de igualdad real o de oportunidades para los poderes públicos, que puede actuar de correctivo de la igualdad formal[38].

En el caso, por tanto, de la igualdad como mandato de tratamiento desigual, el Tribunal Constitucional ha reforzado todavía más su deferencia hacia el legislador respecto de lo que ya había hecho en el supuesto de la igualdad como prohibición de discriminación[39]. De acuerdo con la interpretación dada al art. 9.2, el objetivo de la igualdad real faculta, en definitiva, al legislador para justificar políticas sociales sobre esta base, y también entonces a la justicia constitucional para utilizarlo, en el caso de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad que las impugnen, como criterio interpretativo capaz de legitimar la limitación legislativa de derechos subjetivos[40]. Pero, conforme a esa misma interpretación, la igualdad real no permite, en cambio, que prospere una impugnación por omisión de diferenciación por parte del

---

[37] De acuerdo con el mismo espíritu, el art 3 LF, en su segundo párrafo declara: «El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes».

[38] SSTC 114/1983, 98/1985 o 19/1988. Para un análisis de la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad real, *vid*., E. Carmona Cuenca, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 84, 1994, pp. 265-285.

[39] Con ello, el Tribunal estaría respetando los límites que le vienen impuestos por su papel de legislador exclusivamente negativo, si bien esa coherencia del Tribunal podría en realidad ser menor, si se tiene en cuenta que, a la hora de enjuiciar las diferenciaciones hechas por el legislador, el Tribunal no siempre se ha abstenido de censurar algunas que, sin ser claramente calificables de discriminatorias por arbitrarias (es decir, por no razonables), se declaraban inconstitucionales por poder ser más razonables (Ruiz Miguel, *op. cit.,* p. 78).

[40] El TC también ha aceptado la diferenciación de trato basada únicamente en el art. 14 CE: SSTC 65/1983, 25/1989, 180/1991 y 19/1989.

legislador entre situaciones que deberían haber sido tratadas desigualmente (STC 86/1985, FJ 3)[41].

Menos reacios que el Tribunal Constitucional español han sido, sin embargo, sus homólogos alemán e italiano a la posibilidad de apreciar la discriminación por indiferenciación. En diferentes ocasiones han admitido la impugnación de la falta de diferenciación por parte del legislador, como consecuencia lógica de la máxima de igualdad.

Por ejemplo, en la conocida Sentencia de 17 de junio de 1953 del Tribunal Constitucional Federal alemán[42], que resolvió un recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) contra una decisión jurisdiccional de denegación del llamado derecho al amparo de pobreza o justicia gratuita, se planteó si dicha denegación, justificada en la ausencia de norma legislativa que prescribiera su concesión, vulneraba el art.3 LF sobre igualdad, en la medida en que la ley sí hacía, en cambio, obligatoria la asistencia en juicio de un abogado. La Sentencia contribuyó, así, a clarificar la diferencia entre la igualdad referida a la acción del Estado y la referida a las consecuencias de esa acción, suscitándose el problema de si para crear igualdad de facto (en las consecuencias de la acción) hay que aceptar la desigualdad de iure (en la acción). Se trata de lo que Alexy califica como «la paradoja de la igualdad»[43], en tanto que la igualdad jurídica o de iure (en el supuesto, la inexistencia de ayuda económica para la asistencia de un abogado) puede producir la desigualdad sustantiva o de facto, y que llevó al Tribunal a concluir que, si bien la denegación del amparo de pobreza suponía respetar la igualdad en la acción estatal, también comportaba una desigualdad clara en las consecuencias, puesto que iba a impedir a los que carecían de recursos, pero no a los que sí los tenían, reclamar la protección de la justicia, mediante el uso de los recursos judiciales correspondientes. El Tribunal declaró finalmente que en el caso concreto no existía ninguna razón que justificara el trato (fáctico) desigual[44].

De manera similar, la Corte Constitucional italiana ha admitido la vulneración de la igualdad por falta de diferenciación en la Sentencia 218/1974, de 9 de julio, en la que declaró la nulidad de una norma sancionadora que no diferenciaba entre el cazador que no tenía seguro del que no aportaba el documento acreditativo; así como en la Sentencia

---

[41] También en este sentido, las SSTC 20/1986, 52/1987, 109/1988 o 48/1989, analizadas en Ruiz Miguel, *op. cit*., p. 77. La STC 27/1981 sí acepta la relevancia constitucional de la desigualdad por indiferenciación, pero fundamentándola no en el art. 14 CE sino en el 31.1 (igualdad tributaria).

[42] BVerfGE 2, 336.

[43] R. Alexy, *op. cit*., p. 403.

[44] En sentido contrario, sin embargo, *vid.*, la Sentencia de 14 de abril de 1959 (BVerfGE 9, 237), en la que el Tribunal declara que la igualdad no obliga al legislador «a dictar una regulación que impida que estados de cosas desiguales, de acuerdo con la desigualdad existente, conduzcan a diferentes consecuencias jurídicas».

215/1987, de 8 de junio, en la que estimó inválida una norma que no posibilitaba la asistencia de alumnos minusválidos al ámbito escolar[45].

Claramente, la máxima de igualdad, especialmente al entrar en diálogo con el mandato de igualdad real, acaba generando su propia dinámica que da lugar a desarrollos no siempre previsibles. Paradigmático en este sentido es el giro producido en la lectura de la segunda parte del art. 14 CE, una vez puesta en combinación con el art. 9.2.

Tal y como ya se ha señalado, el art. 14 contiene, además de lo que se denomina mandato genérico de igualdad, un mandato estricto de igualdad, que prohíbe directamente, sin necesidad de juzgar las razones que lo justifiquen, determinadas diferenciaciones, esto es, las basadas en el uso de ciertos criterios de diferenciación, considerados, por motivos históricos o morales, especialmente odiosos[46], o atentatorios contra la dignidad humana. Durante mucho tiempo, la segunda parte del art. 14 fue interpretado por la justicia constitucional como una concreción del mandato genérico de no discriminación, en la forma además de regla jurídica, y no de principio o metaprincipio (como en cambio representa el mandato genérico de igualdad). Ello facilitaba enormemente su aplicación, para la que bastaba únicamente comprobar el uso de dichas categorías para declarar inválida la diferenciación (sin requerirse ponderar entre argumentos en favor o en contra de la medida diferenciadora).

Esa interpretación se ha visto, en efecto, alterada, condicionada por su evolución en otros sistemas constitucionales como, notablemente, el norteamericano, adquiriendo finalmente una mayor autonomía respecto de la primera parte del precepto. De entrada, porque de acuerdo con la influyente construcción elaborada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, la utilización de esas categorías no queda completamente prohibida pero sí sometida a un escrutinio especialmente riguroso, por tratarse de categorías calificadas de «sospechosas»[47], lo que, en su concreción por la jurisprudencia constitucional española, ha comportado sustituir la exigencia de la razonabilidad, para justificar la diferenciación hecha, por la más estricta de la proporcionalidad (STC 126/1997, FJ 8). Pero, además, y en última instancia, porque con ello el Tribunal

[45] De la misma manera, el TEDH, en la Sentencia de 6 de abril de 2000, *Thlimmenos c. Grecia*, condena a Grecia por violación del mandato de no discriminación, por considerar que también se puede entender vulnerado este mandato cuando, sin justificación objetiva razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente distintas. El demandante, testigo de Jehovah, había sido condenado penalmente por negarse a enrolarse en el ejército alegando motivos religiosos y eso había comportado que más tarde no se le permitiera tener acceso a la profesión de perito-contable, sin diferenciarse su caso de otros en los que los delitos cometidos eran de mayor entidad.

[46] L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 192.

[47] Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Korematsu v. United States*, de 18 de diciembre de 1944.

Supremo acepta la existencia de grupos especialmente merecedores de protección, lo que en el caso norteamericano se explica por el papel desempeñado por la esclavitud y la segregación racial en la historia del país, pero también por una concepción fragmentada de la sociedad, que se explicita en esa jurisprudencia, siendo esto todavía más relevante desde la perspectiva constitucional de la igualdad que la flexibilización del mandato estricto de no discriminación.

Es, en verdad, esa misma comprensión de la sociedad como subdividida en colectivos sustantivos y en conflicto lo que posteriormente permite al Tribunal Supremo dar un paso más en su razonamiento y legitimar las llamadas acciones positivas y de discriminación positiva o inversa, que preconfiguran el derecho al tratamiento desigual. Se trata de medidas consistentes precisamente en usar las categorías prohibidas, siempre que sea para revertir la discriminación no ya jurídica (puesto que esta queda en todo caso prohibida por el mandato de igualdad como derecho al trato igual) sino extrajurídica, a fin de garantizar la igualdad real y compensar la discriminación de facto sufrida históricamente por determinados grupos en Estados Unidos, como es de manera eminente el caso de la comunidad negra, a través del trato desigual. En el caso de la discriminación positiva, sin embargo, la medida diferenciadora comporta una exclusión (y por tanto discriminación, como su nombre indica) de los miembros del grupo tradicionalmente favorecidos. Y ello resulta especialmente problemático, en tanto que comporta no solo diferenciar usando las categorías prohibidas (para conceder un beneficio a un grupo que tiene unas necesidades especiales) sino también discriminar, en el sentido de excluir a colectivos (que también podrían aspirar a la protección) en base a criterios calificados constitucionalmente de irrelevantes[48].

Se trata, de hecho, de una construcción especialmente difícil de trasladar (al menos inicialmente) al marco constitucional europeo, el cual, siguiendo el modelo revolucionario francés, se erige firmemente sobre la igualdad formal entre ciudadanos. No obstante, los sistemas constitucionales europeos, irremediablemente influidos por esa interpretación norteamericana, empiezan finalmente a admitir, no sin reticencias, que el mandato estricto de igualdad, en conjunción con el objetivo de igualdad real, ofrece una base para garantizar, no ya únicamente el derecho al trato igual (a través de la prohibición de discriminación), sino también el derecho al trato desigual. Se acepta, en definitiva, que, a fin de revertir la discriminación fáctica de determinados grupos constituidos a partir de los rasgos a los que aluden las Constituciones para excluir su uso, resulta necesario garantizar un trato distinto, aunque ello implique tener que proceder a una discriminación

[48] *Vid*., las siguientes sentencias del Tribunal Supremo norteamericano: *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, de 20 de abril de 1971 o *Regents of the University of California v. Bakke*, de 26 de junio de 1978.

a priori prohibida[49]. De ese modo, lo que durante mucho tiempo se interpreta como un mandato inflexible (que no admite excepciones) y bilateral (que protege en los dos sentidos, a los miembros de los grupos incluidos en cada categoría), pasa a entenderse, desde mediados de los años ochenta en España, como un instrumento al servicio de la igualdad real y no meramente formal, y en beneficio, por tanto, de los grupos tradicionalmente preteridos o marginados, y no de todos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987 es clave en este sentido, en materia de discriminación por razón de sexo, el ámbito en el que, en Europa, se hace más patente la contradicción entre la prohibición de discriminación en sentido estricto y el mandato de igualdad real. En dicha sentencia, el Tribunal admite la utilización del art. 9.2 para justificar el tratamiento diferenciado en favor de sectores sociales como el de las mujeres con hijos y evitar su discriminación en el ámbito laboral[50].

Ese giro en la lectura del art. 14, que permite pasar del derecho al trato igual al derecho al trato desigual, comporta, sin embargo, una serie de problemas. Ante todo, porque la segunda parte del art. 14, que, en el caso del derecho al trato igual, introducía, como ya se ha dicho, una auténtica regla jurídica, en vez de un metaprincipio, como en la primera parte del mismo precepto (el mandato genérico de igualdad), también se convierte, en relación con el supuesto derecho al trato desigual, en un criterio valorativo, en tanto que obliga a enjuiciar si el grupo referido representa uno tradicionalmente preterido o si se trata, en definitiva, de un criterio de diferenciación especialmente atentatorio contra la dignidad. Pero también, porque con ello se refuerza (todavía más que en el caso del derecho al trato igual del mandato estricto de no discriminación) la dimensión colectiva sobre la individual, puesto que con la discriminación positiva se está protegiendo a alguien por el hecho de pertenecer a un grupo, sin comprobarse que a nivel individual sus circunstancias específicas le hagan realmente más merecedor que otro (perteneciente a un colectivo mayoritario o no tradicionalmente discriminado) de la medida protectora. Si bien en el supuesto de la discriminación negativa, el principio de igualdad también protege a los miembros de un grupo tradicionalmente preterido, y se acoge con ello implícitamente la visión de que, por debajo de la categoría general formal de ciudadanos, iguales entre sí, existen diferentes subgrupos

[49] SSTC 59/2008, 82/2008 o 45/2009, en las que el TC avala la Ley sobre violencia de género. También se ha pronunciado sobre la discriminación positiva el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la Sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/93, *Kalanke c. Bremen* y de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, *Marshall c. Renania del Norte-Westfalia*, tratándose de casos en los que se daba preferencia a las mujeres en el acceso a la función pública. Mientras que el Tribunal rechaza la medida en el primer caso, la acepta en el segundo por ser menos automática la preferencia otorgada a las mujeres y dar así más margen de apreciación.

[50] *Vid,.* también, en materia de discriminación por razón de sexo, las SSTC 166/1988, 49/1990 o 28/1992.

sustantivamente determinados, la protección en todo caso se concede al individuo que está efectivamente sufriendo una discriminación, siendo precisamente el objetivo último de la prohibición de la medida diferenciadora el negar la relevancia constitucional del criterio diferenciador y, por tanto, rechazar la constitución de colectivos a partir de esos criterios. Esto último inevitablemente cambia con las medidas de acción y discriminación positiva.

Algo parecido hace el TEDH en su jurisprudencia relativa a los grupos que califica de «vulnerables»[51], y que posteriormente inspira al TJUE[52], además de a las jurisdicciones constitucionales nacionales. Aunque elaborada en un ámbito específico como es el de la protección social, se trata de una jurisprudencia que tiene indiscutiblemente repercusiones directas en materia de igualdad, posibilitando, como en el caso de la reinterpretación del art. 14, un nuevo desarrollo del precepto constitucional que proclama el objetivo de la igualdad real, y que también escapa de lo estrictamente esperable.

La introducción del concepto de la vulnerabilidad por parte del TEDH debe comprenderse en el contexto de la crisis del Estado social, como reacción frente a la anulación que entonces se produce de la eficacia de los derechos sociales, pero que a su vez es consecuencia directa de los límites inherentes a su configuración. Mientras que, por un lado, el Estado social constitucionaliza los derechos sociales, elevándolos a rango constitucional, por otro lado, supedita su eficacia a la disponibilidad de recursos financieros que en cada momento debe apreciar el poder legislativo, desapareciendo esa disponibilidad durante los años de crisis económica y financiera[53].

En un período de severos recortes sociales, el Tribunal acude, así, a esa categoría a fin de garantizar una mínima protección, neutralizando las restricciones de gasto en relación con los sujetos que entiende especialmente necesitados de asistencia. Se trata de aquellos que, como consecuencia de las políticas nacionales y europeas de austeridad, quedan excluidos de la distribución de los recursos sociales[54]. Y, al

---

[51] Sentencias de 18 de enero de 2001, *Chapman c. Reino Unido*, par. 96, y de 27 de mayo de 2004, *Connors c. Reino Unido*, par. 84, en las que el TEDH acepta conceder protección en base a la pertenencia a un grupo calificado de «vulnerable». Tal y como argumenta el Tribunal, si bien esa pertenencia no puede sustraer al individuo de la aplicación de las normas generales, sí puede justificar su aplicación adaptada. Se trata de sentencias relativas a colectivos gitanos, pero con las que el Tribunal construye un concepto que va más allá de las minorías étnicas o culturales. *Vid*., también en este sentido, la Sentencia de 10 de marzo de 2011, *Kiyutin c. Rusia*; de 8 de noviembre de 2016, *Ustinova c. Rusia*; y de 3 de octubre de 2013, *I.B. c. Grecia* (relativas a enfermos de VIH).

[52] Sentencias del TJUE, en respuesta a cuestiones prejudiciales, de 16 de junio de 2005, C-105/03, *Pupino* (sobre la protección de las víctimas en el proceso penal), y de 19 de septiembre de 2019, C-467/18, *Rayonna prokuratura Lom* (relativa a la protección de los enfermos mentales durante la detención y el proceso judicial penal).

[53] P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 17.

[54] *Ibid*., p. 20.

hacerlo, el Tribunal pasa a poner la atención más en el sujeto protegido que en el derecho a ejercer por ese sujeto[55], implicando eso un nuevo salto respecto del que ya se había dado con el Estado social.

Se podría así decir que la categoría de la vulnerabilidad revela cambios significativos en el Derecho constitucional, construido sobre el concepto de derecho subjetivo, como instrumento de protección de unos determinados bienes jurídicos, a través del reconocimiento de unas facultades a unos sujetos frente a los poderes públicos. En el primer Estado liberal, ese sujeto protegido es uno abstracto y único, la persona física, miembro de la comunidad política, el cual en muchos casos, sin embargo, se extiende a los extranjeros y a las personas jurídicas privadas y, a partir del Estado social, se somete a un proceso de progresiva diferenciación, de acuerdo con las necesidades de protección que las características específicas del sujeto en concreto planteen (distintas, por ejemplo, en el trabajador, en el joven, en el anciano, o en la persona con discapacidad). El concepto de vulnerabilidad pone definitivamente el foco en el sujeto protegido y relega, en efecto, a un segundo plano el contenido del derecho a ejercer, siendo el sujeto el elemento desencadenante de la acción pública protectora, dirigida a garantizar unas mínimas condiciones materiales de vida digna, de cumplirse con determinados rasgos subjetivos (inherentes al sujeto[56]) u objetivos (relativos a la situación en la que se encuentran[57]). Pero se trata de rasgos abiertos y susceptibles, por tanto, de acoger categorías muy variadas de sujetos, reconducibles en todo caso a una única categoría general.

Así, a diferencia de lo que se ha dicho que representa la igualdad material como límite al legislador, exigiéndole una correspondencia entre la medida diferenciadora aprobada y los rasgos concretos del grupo destinatario de la medida, la jurisprudencia relativa a la vulnerabilidad no busca comprobar si se dan unas características específicas diferenciadas, como puede ser el sexo, la raza, la nacionalidad o la condición, por ejemplo también, de trabajador, de preso o de persona con discapacidad, sino una condición general o existencial de vulnerabilidad, en el sentido de estado especialmente débil o dependiente de terceros, al margen de esas otras características individuales que pueden o no darse adicionalmente. Eso obliga a analizar las características específicas de los sujetos y, en definitiva, a seguir identificando grupos sustantivos por debajo de la categoría global de ciudadano, incidiendo, todavía más que con la introducción de la igualdad material, en la idea, que deriva de la

---

[55] *Ibid*., p. xv.

[56] Sentencia del TEDH de 16 de julio de 2009, *Zehentner c. Austria* y de 17 de enero de 2012, *Stanev c. Bulgaria* (en relación con personas con discapacidades mentales); así como de 14 de enero de 2020, *Beizaras y Levickas c. Lituania* (relativa a miembros de la comunidad LGTBI).

[57] Sentencia del TEDH de 27 de noviembre de 2008, *Salduz c. Turquía* (sobre la protección del procesado penal); y de 21 de enero de 2011, *M.S.S c. Bélgica y Grecia* (relativa a solicitantes de asilo).

igualdad formal, de un sujeto único de protección, sin que sin embargo el concepto de vulnerabilidad elaborado por el TEDH ofrezca criterios formales o materiales capaces de identificarlo claramente. Como en el juicio de igualdad, el Tribunal no procede a una definición del concepto en términos abstractos, ni tampoco a una elaboración de criterios de identificación preestablecidos[58], limitándose únicamente a poner las bases, presididas por un criterio vago y de contornos difusos como el de la dignidad humana, para su concreción judicial en cada caso.

Con ello, el Tribunal sortea los impedimentos nacionales, introducidos tanto por la vía constitucional como legislativa, a la eficacia de la protección social de los ciudadanos, y obliga a los poderes públicos (y concretamente, al legislativo) a otorgar una determinada protección, fundamentalmente consistente en modular la normativa general aplicable, que parece encaminar el mandato de igualdad real hacia lo que sería un auténtico derecho subjetivo, aunque dirigida únicamente a los miembros de grupos especialmente débiles. Pero, al mismo tiempo, eso comporta dar un salto todavía mayor que el que se da con el mandato de igualdad en sentido estricto, basado en las características sustantivas de determinados grupos, en la medida en que el rasgo cualitativo a tener en cuenta es algo, además de global (puesto que hace referencia a un estado o condición existencial), también, y sobre todo, directamente relacional, esto es, que deriva de la condición de supeditado de un grupo (la minoría) a otro (la mayoría o grupo dominante). Con la categoría de vulnerable, en definitiva, el TEDH estaría explicitando lo que hasta ahora solo se expresaba implícitamente: que lo determinante para constituirse un colectivo como minoría no es tanto que este cuente con un determinado rasgo cualitativo como con una determinada situación, también cualitativa pero relacional o relativa, de inferioridad respecto del otro grupo, el mayoritario.

Dicho de otra manera, en el desarrollo ulterior de la igualdad hecha posible por la jurisprudencia del TEDH en materia de protección social (pero que ya era perceptible en el caso de las medidas de acción y discriminación positiva), la relación entre mayoría y minoría viene determinada por un elemento que, si bien puede derivar de características sustantivas diferenciadas, acaba adquiriendo autonomía. Se trata del estatus global de dependiente o subordinado al grupo mayoritario y que revela un desequilibrio estructural de fuerzas entre los grupos, al margen de que se den o no los rasgos individuales específicos identificados por las Constituciones o por la jurisprudencia constitucional en relación con el mandato estricto de igualdad. Y ello vuelve a situar a los tribunales que controlan a los poderes públicos (en especial, al legislador) en el terreno de lo valorativo, teniendo que acudir a criterios situados fuera del Derecho positivo, si bien reconducibles al principio de dignidad humana y a la efectividad de la protección ofrecida.

---

[58] P. Scarlatti, *op. cit.*, pp. 52-53.

4. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas se ha analizado la construcción del juicio de igualdad que acompaña a la consolidación del Estado constitucional de tipo social. Se han examinado así los elementos que integran dicho juicio y los problemas que con él se suscitan.

Tal y como se ha señalado, el paso de la igualdad formal a la igualdad material ha comportado dejar de concebir la igualdad como un elemento que únicamente complementa al principio mayoritario, a base de ofrecer legitimidad a la decisión de la mayoría. Con el Estado social, la igualdad ha pasado además a oponer un límite a la mayoría (la decisión de la mayoría deviene fiscalizable desde parámetros cualitativos), así como también, sin embargo, un objetivo (una obligación de actuar). Y eso ha significado construir el juicio de igualdad a partir de una comparación entre colectivos, que obliga a adoptar previamente un determinado criterio de diferenciación que debe ser relevante o no arbitrario, e imponer una medida diferenciadora ajustada a dicha diferencia observada entre grupos.

El juicio de igualdad se convierte, así, en una actividad valorativa sin que, no obstante, la norma que lo prescribe pueda precisar de antemano los criterios sustantivos que actúan de parámetro de validez. Y se suscitan así importantes problemas nuevos, como es el de la dificultad valorativa que desde la perspectiva jurídica plantea un juicio en el que meramente se contraponen razones en favor de un trato o de otro, y en el que la justicia constitucional debe controlar a la mayoría que decide a partir de criterios no sustantivamente determinados.

Más allá, sin embargo, de la dificultad técnica y de los consiguientes problemas de inseguridad jurídica y de legitimidad democrática que esa operación genera, el cambio de significado del principio de igualdad ha hecho en todo caso posible advertir que los criterios de diferenciación utilizados por la mayoría, lejos de ser necesariamente neutros, como se asumía durante el primer liberalismo, pueden ser arbitrarios o discriminatorios; y que esos criterios de diferenciación utilizados por la mayoría crean colectivos, no se limitan a reflejar su existencia. Es más, desde la perspectiva del Estado social, la acción estatal que diferencia no puede ser neutra, sino que debe estar necesariamente encaminada a la consecución del objetivo (legitimador del Estado) que representa la supresión de las desigualdades reales, y que a su vez cohesiona a los integrantes de la comunidad política en una unidad de protección. Pero es la introducción del control de constitucionalidad en el ámbito de la igualdad lo que permite fiscalizar esas decisiones: a las minorías se les permite cuestionar la realidad de esos colectivos y el trato que se les ofrece, de acuerdo con ese objetivo definido del Estado constitucional,

si bien, paradójicamente, también entonces quebrar esa unidad de protección a base de identificar subgrupos.

En este sentido, el juicio de igualdad desata un diálogo sostenido entre mayoría y minoría, en el que se discute la justificabilidad y la fundamentación de los distintos regímenes jurídicos otorgados a unos y otros colectivos. Pero ese diálogo, sin embargo, desemboca en una cada vez mayor diferenciación entre colectivos, en una cristalización incluso de colectivos enfrentados, que plantea la relación entre mayoría y minoría en términos de subordinación o dominación. Ello hace de esos colectivos entes cada vez menos intercambiables, en tanto que estructurales. Y también comporta que recaiga en la justicia constitucional la decisión acerca de qué colectivos lo son sin tampoco poder contar con criterios sustantivos preestablecidos.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 381-418.

Carmona Cuenca, E., «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 84, 1994, pp. 265-285.

De Aquino, T., *Comentario a la Ética a Nicómano de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, 2010.

Díez-Picazo, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 179-203.

Gavara de Cara, J. C., «El principio de igualdad», en J. C. Gavara de Cara (coord.), *Constitución: desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el xxv aniversario (1978-2003)*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2004, pp. 59-106.

— *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.

Jiménez Campo, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 1983, pp. 71-114.

Laporta San Miguel, F., «El principio de igualdad: introducción a su análisis», *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 67, 1985, pp. 3-32.

Leibholz, G., *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, München, Beck, 1959.

Pérez Royo, J. y Carrasco Durán, M., *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 211-241.

Prieto Sanchís, L., «Igualdad y minorías», *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 2, 1995, pp. 111-154.

Rey Martínez F., «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 167-181.

Rubio Llorente, F., *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Ruiz Miguel, A., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doxa*, 19, 1996, pp. 39-86.

Scarlatti, P., *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.
Simón Yarza, F., «De la igualdad como "límite" a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 2013, pp. 73-113.

CAPÍTULO XX

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE PARA AMÉRICA LATINA: UN NOBLE IDEAL, UN DESACERTADO IDEARIO

Juan Alonso Tello Mendoza
Profesor Lector de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

El proyecto académico «*Ius Constitutionale Commune* para América Latina» (ICCAL) fue originariamente ideado por el *Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional* (MPIL, Alemania), entre los años 2006 y 2009. Al poco tiempo, encontró apoyo para su difusión y mayor teorización, entre otros, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y, principalmente, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH); conformando hoy una doctrina impulsada por académicos, jueces y abogados cuyo interés profesional orbita entre el derecho constitucional y el derecho internacional, especialmente, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Si bien sus estudios iniciales radicaron en la integración regional, al no apreciar voluntad política, se enfocaron en «los derechos humanos y las cortes como plataformas de transformación»[1].

[1] J. C. Herrera, «La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, 4, 2021, p. 1408.

La tesis del ICCAL, según su principal teórico[2], descansa en tres «conceptos clave»: «diálogo», «inclusión» y «pluralismo normativo». Mientras el primero apunta a encontrar la mejor solución sin detentores de «la última palabra» entre los tribunales, el segundo pretende que un nuevo propósito del derecho público estribe en combatir la exclusión en los sistemas sociales, abriendo así un nuevo derrotero para la «democracia», de modo tal que no se limite a su papel de «representación». Finalmente, el tercero, considera superada la histórica pugna monista-dualista entre el derecho doméstico y el internacional, en el entendido de que la multiplicidad de sistemas normativos conviviendo hoy exige un desarrollo distinto en sus relaciones jurídicas[3]. Sus «rasgos esenciales» son también tres, pues se trataría de: a) una «ciencia del Derecho público integral» que entiende globalmente al Derecho constitucional e internacional; b) cuya argumentación concede «mayor espacio a los principios, es decir, a las normas más amplias con elevado contenido ético»; y, c) dónde el «derecho comparado» es fundamental, tanto para que los operadores se sepan parte de un mundo que supera al Estado-Nación, como para activar «la capacidad del derecho de hacer progresar a las sociedades»[4].

Finalmente, el objetivo central radica en crear un Derecho común —«transformador»— interamericano[5], teniendo a la Corte IDH como principal artífice y a los jueces internos como principales cooperadores. Tal constitucionalismo transformador sería «la práctica social de una comunidad» y «una aproximación a la interpretación jurídica» utilizada por la Corte IDH para cambiar realidades regionales, de manera especial, aquellas referidas a estructuras de violencia, exclusión y debilidad institucional[6]. En este capítulo analizaremos las dificultades que presenta esta teoría, particularmente, desde la óptica del equilibrio de poderes (pesos y contrapesos) en la democracia constitucional al interior del Estado de Derecho.

---

[2] *Vid.*, A. Bogdandy, «Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp. 14-21.

[3] Cfr. P. Acosta, «Zombis Vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno», *Estudios Constitucionales*, vol. 14, 1, 2016, CEC-Chile, pp. 46-56.

[4] Cfr. A. Bogdandy, «Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual», *op. cit.*, pp. 14-21.

[5] Cfr. *Ibid.*, pp. 4-5.

[6] Cfr. A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative Constitutionalism in Latin America», *American Journal of International Law*, vol. 114, 3, 2020, Cambridge University Press, pp. 405-408, 430.

2. ENFOQUE AMBIVALENTE: ¿DESCRIPCIÓN O PRESCRIPCIÓN?

Cuando se explica qué constituye el «Derecho común», se arguye que la región tiene un sustrato compartido conformado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), otros tratados interamericanos de derechos humanos, las garantías constitucionales de derechos, las cláusulas de apertura, y la relacionada jurisprudencia nacional e internacional (un bloque normativo común)[7]. Esta sería la «función analítica» del ICCAL, que intenta describir un fenómeno concreto en la región.

Razonablemente, tal lectura ha sido cuestionada[8] pues, aunque en términos generales es cierto que la CADH conforma un documento común, no es posible obviar que, de los 35 Estados que han ratificado la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), solo 25 han ratificado o adherido a la CADH, de los cuales debemos descontar a Trinidad y Tobago y Venezuela, por haber denunciado tal tratado en 1998 y 2012, respectivamente. De estos, ocho[9] tienen reservas o declaraciones interpretativas y no más de 20 aceptan hoy la competencia contenciosa de la Corte IDH. Si a lo anterior sumamos, como parte del *corpus iuris,* a los dos Protocolos Facultativos de la CADH y a los 9 «tratados interamericanos de derechos humanos», con sus correspondientes estados de ratificaciones o adhesiones, y, reservas o declaraciones interpretativas, las divergencias en aquello «común» se elevan cuantitativa y cualitativamente. Más aún, si consideramos que varios de dichos tratados no reconocen un mecanismo de peticiones ante la Corte IDH o, de hacerlo, requieren una expresa resolución estatal, siendo que no todos lo han hecho. Así, arribamos a un escenario en el que la totalidad del mentado conglomerado normativo no es, en

---

[7] Cfr. A. Bogdandy; E. Ferrer; M. Morales; F. Piovesan; X. Soley, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism», *SSRN Electronic Journal*, 2016, p. 2; A. Bogdandy, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», *Revista Derecho del Estado*, 34, 2015, pp. 10-13, 36-37; J. Serna, «El concepto del Ius Constitutionale Commune Lationamericano en Derechos Humanos: Elementos para una agenda de investigación.», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp. 216-217.

[8] Cfr. K. Castilla, «¿Qué tan común es lo común del Ius Constitutionale Commune Latinoamericano?», *Ventana Jurídica*; A. Coddou, «A critical account of Ius Constitutionale Commune in Latin America: An intellectual map of contemporary Latin American constitutionalism», *Global Constitutionalism*, vol. 11, 1, 2022, Cambridge University Press, pp. 113-114.

[9] En concreto, Argentina, Bolivia, México, El Salvador, Uruguay, Dominica, Guatemala (reserva retirada en 1986) y Barbados (al parecer, parcialmente retirada «de facto» mediante una sentencia de la Corte de Justicia del Caribe de junio de 2018, que declaró inconstitucional la pena de muerte obligatoria, logrando con ello cumplir con las medidas dadas por la Corte IDH en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*).

estricto, compartido por más de dos Estados bajo la jurisdicción de la Corte IDH[10].

En tal caso, el único tratado temático que realmente conforma un común denominador es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, pues cuenta con 32 ratificaciones o adhesiones y una sola declaración interpretativa por parte de Bahamas, de todas maneras, un Estado fuera de la jurisdicción de la Corte IDH. Así también, si dejamos el ámbito estrictamente interamericano y nos dirigimos al universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales representa incluso un mejor común denominador, pues de los 20 Estados que reconocen competencia contenciosa a la Corte IDH, solo Surinam y México han presentado reservas.

Si consideramos ahora las «cláusulas de apertura»[11], solo 11 Estados bajo jurisdicción de la Corte IDH las contemplan. Ello, ciertamente, no convierte a los nueve Estados restantes en «cerrados» ni irrespetuosos con sus obligaciones internacionales, solo resalta la dificultad que supone afirmar que tales cláusulas constituyen un elemento común. Argüir en réplica que, de todos modos, las constituciones refieren a la categoría «derechos fundamentales» y que, por tanto, la totalidad de los países comparten elementos en común[12], es equívoco. De un lado, dicha categoría también se halla en Constituciones fuera de la región, con lo cual, no se trata de algo característico de Latinoamérica. De otro lado, contar con tal categoría no supone su lectura análoga (los países suelen diferir entre sí o, incluso, contrarían la comprensión interamericana), ni prueba de alguna misión «transformadora» de la Corte IDH.

Respecto de las «garantías constitucionales»[13], es complicado descubrir lo realmente particular de aquellas, distinguiéndose, *e.g.*, de las garantías previstas en la Constitución española (habitual referente en la región) o en otras pertenecientes a la tradición del derecho continental. Corre parecida suerte aquella alusión a la «jurisprudencia nacional», pues allí donde sea posible mostrar similitudes entre dos o más países, también es viable mostrar sus diferencias. Afirmaciones así de genéricas en estos dos últimos casos, no solo conspiran contra los cimientos del ICCAL,

---

[10] Cfr. K. Castilla, «¿Qué tan...?», *op. cit*. De acuerdo con el autor, se trataría solo de Costa Rica y Ecuador.

[11] A falta de detalle, por parte de los promotores del ICCAL, sobre las cláusulas de apertura a las que se refieren, consideramos para este trabajo que aluden a todas. Es decir, para el área del derecho internacional de los derechos humanos, primariamente, a las cláusulas jerárquicas y a las cláusulas interpretativas, más allá de las diversas consecuencias que genera cada una. Cfr. A. Dulitzky, «Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano», *Estudios Especializados en Derechos Humanos*, 1996, pp. 140-143 y 152-159.

[12] Cfr. C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., pp. 1398-1399.

[13] No precisan si de tipo normativas, institucionales o jurisdiccionales, pero asumimos que refieren a las últimas.

sino que además no consigue mayor atención que una respuesta igual de genérica. El *onus probandi* descansa en quiénes plantean la hipótesis.

El problema se acrecienta si referimos a la «jurisprudencia internacional» (interamericana), pues ello no puede sino apuntar al grado de recepción doméstica que se hace de las exégesis de la Corte IDH, cuestión absolutamente asimétrica en la región[14]. Nuevamente, sin precisiones demostrables de cómo aquella «jurisprudencia internacional» es común entre los Estados, no es posible su valoración racional. Corresponde a los artífices del ICCAL probar y detallar qué es lo compartido en este y los otros componentes ya aludidos. Nuevamente, en términos generales, es inviable negar ciertos elementos jurídicos comunes en la región. Pero, si se pretende construir una teoría al respecto que no solo describa, sino que además prescriba un curso de acción, el planteamiento genérico en ciernes es (considerando incluso la réplica[15]), a todas luces insuficiente. En efecto, aun si aceptásemos la descripción del ICCAL sobre el «fenómeno» regional, sería necesario un análisis adicional, pues esta doctrina aboga también por una «función normativa» que prescribe el camino a seguir —«constitucionalismo transformador»— para lograr un «Derecho común»[16], uno que mejore la vida de las personas y permita el progreso de las sociedades[17]. Para ello, se considera a los tribunales domésticos y, especialmente, a la Corte IDH, como agentes de autoridad pública para crear y hacer evolucionar el *Rule of Law* interamericano[18].

Pero una dimensión «normativa» requiere mayor fundamentación, pues no se trata ya de narrar —cual mero observador— el *ser* de una realidad, sino además determinar un *deber ser* que trace un derrotero y excluya otros (o los catalogue como insatisfactorios). Pero, si los pretendidos elementos compartidos que, objetivamente, deberían conformar el «Derecho común» no generan convicción o, al menos, una sólida resistencia a las críticas, resulta —con más razón— inaudito colegir a partir de allí un requerido curso de acción para los actores del SIDH. Así, aquel propósito «transformador», o surge de tales elementos «comunes» (primera hipótesis no demostrada), o se asume debido a una determinada concepción del rol judicial nacional e internacional (segunda hipótesis) que comprende necesario/evidente tal afán.

---

[14] Cfr. J. Tello, *Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho*, Tirant lo Blanch, México, D.F., 2023, pp. 207-304; *El control de convencionalidad: situación de algunos Estados Americanos*, LEYER, Bogotá, 2016, pp. 93-182.

[15] Cfr. C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., pp. 1394-1397.

[16] Cfr. A. M. Alterio, «El Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum y los desafíos de la judicialización de la política», *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las ideas*, vol. 20, 2018, p. 3.

[17] Cfr. A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative...», *op. cit.*, p. 419.

[18] Cfr. A. Bogdandy, «The Transformative Mandate of the Inter-American System – Legality and Legitimacy of an Extraordinary Jurisgenerative Process», p. 3.

3. FUNDAMENTACIÓN PRECARIA Y MÉTODOS AZAROSOS

El ICCAL abandona el debate entre monismo y dualismo para abrazar el pluralismo normativo, y así «contribuir a la consolidación *commune*» regional y al «constitucionalismo transformador»[19], entendido este como herramienta para la «reformulación de soluciones comunes a problemas estructurales análogos»[20] como los producidos por «la violencia generalizada, la exclusión social, la desigualdad extrema, la debilidad de las instituciones domésticas, debido [al] hiperpresidencialismo, la falta de independencia judicial y la corrupción»[21], es decir, problemas con clara repercusión en los derechos, pero de solución esencialmente política. En efecto, citando a Klare, se dice que el «constitucionalismo transformador es una empresa enfocada en inducir un cambio social a gran escala a través de procesos políticos no violentos y fundamentados en el derecho»[22], otorgándose un lugar privilegiado al Poder Judicial o a su *praxis*[23]; y, propiciándose una «flexibilización» en los aspectos formales del Derecho cuando de derechos humanos se trata[24].

En resumen, diseccionando la doctrina en comento: tras un panorama contemporáneo donde conviven diversos órdenes normativos de origen nacional e internacional, la tesis del ICCAL —el *qué*— asevera que existe en Latinoamérica —el *dónde*— un común denominador (la CADH, etc.; sentido descriptivo) —el *por qué*— del cual emerge un constitucionalismo transformador en materia de derechos humanos (sentido prescriptivo), cuya finalidad no es otra que lograr pronto —el *cuándo*— una solución a los problemas estructurales de justicia e igualdad —el *para qué*—. Para tal empresa, el protagonismo recae en la labor judicial (nacional o internacional) —el *quién*—, apostándose por métodos como la «des-formalización» del Derecho, la interpretación evolutiva y el control de convencionalidad —el *cómo*—.

Sobre el *qué*, *cuándo* y *dónde* no hay mucho qué decir. Naturalmente, se busca que el ICCAL triunfe cuanto antes en la región. En cuanto al *para qué*, el *telos* no es *per se* criticable, al menos en inicial aproximación, pues pretender la justicia, igualdad y protección de derechos es también el propósito del SIDH y del Estado Constitucional de Derecho. Mal haríamos en valorar jurídicamente al ICCAL por sus ideales y no por sus fundamentos y métodos. Así, el problema central radica

---

[19] C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., p. 1386.

[20] *Ibid.*, p. 1387.

[21] A. Bogdandy, «The Transformative...», *op. cit*., p. 1.

[22] K. E. Klare, «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1, 1998, p. 150.

[23] Cfr. C. Herrera, «La idea...», *op. cit.,* p. 1388.

[24] *Ibid.*, pp. 1391-1392.

en el salto entre el dato de lo aparentemente «común» y el encargo «armonizador» del «constitucionalismo transformador». Necesitamos, entonces, referirnos al *por qué*, pero nos hemos manifestado ya sobre la infundada primera hipótesis. Decíamos, no obstante, que existe una segunda, una que debería persuadir incluso a «los literalistas más extremos», pues de allí «se deriva un mandato transformador que el [SIDH] ha sabido abrazar y amplificar»: el concepto de «Estado abierto»[25].

Esta noción no aludiría a un aceptado fenómeno por el cual las constituciones post Segunda Guerra Mundial consideraron vital incluir cláusulas de reenvío (o apertura) hacia el Derecho internacional, para referir a los tratados de derechos humanos y sus organismos de protección, de modo que la dignidad humana sea siempre el interés superior a resguardar. Para el proyecto ICCAL, en cambio, tales cláusulas, su correspondiente bienvenida al DIDH, y hasta la declaración de derechos en la Constitución serían prueba del enfoque «transformador» del Derecho[26], adoptado por los propios constituyentes de Estados soberanos (impulsada luego por la doctrina del control de convencionalidad creada por la Corte IDH[27]). Así, no sería posible dejar «intactas las potestades del estado-nación clásico», siendo que la «flexibilización» en la «relación de lo internacional con lo nacional no es limitada exclusivamente en favor del comercio, del mercado bursátil o de un acuerdo de inversiones, sino para proteger las garantías esenciales de las personas»[28].

En un intento adicional por hallar soporte al «mandato transformador», se afirma[29] que lo etiquetado como «activismo judicial» o «actos ultra vires» es solo una interpretación evolutiva participativa en la que un cambio constitucional informal (o la expansión no tradicional de competencias de la Corte IDH[30]) responde a expectativas y exégesis de agentes regionales (tribunales, sociedad civil, etc.), lográndose luego su respaldo estatal. Se dice, además, que existen «inercia[s] y resistencias»[31] contra el «mandato transformador», pero que igual cuenta este con suficientes argumentos de legalidad y legitimidad social; de modo que, aunque hallan dudas, desacuerdos o desafíos, el éxito del

---

[25] *Ibid.*, pp. 1402-1403.

[26] A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative...», *op. cit*., pp. 409 y 431.

[27] Cfr. A. Bogdandy, «The Transformative...», *op. cit.*, p. 4; C. Herrera, «La idea...», *op. cit.*, pp. 1402-1403.

[28] Cfr. C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., pp. 1399-1402. Con acierto se detallan las cláusulas de integración económica, política y social en las Constituciones regionales, aunque se encuentren «dormitando».

[29] Cfr. A. Bogdandy, «The Transformative...», *op. cit*., pp. 4-6, 10 y 15.

[30] Cfr. A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative...», *op. cit.*, p. 431.

[31] Consideran como parte de esa resistencia o inercia a la Declaración conjunta de Estados de 2019, mediante la cual se pidió a los órganos del SIDH respetar el principio de subsidiariedad y el Derecho Constitucional, el margen de apreciación y un uso estricto de las fuentes del Derecho Internacional Público.

SIDH pasa también por comprender como suyo un constitucionalismo transformador con amplias coaliciones.

No sorprende el arribo a dicho corolario si para esta corriente, la «relativización» de la soberanía se entiende más como una «cesión» estatal a los organismos internacionales respecto de los contenidos de los tratados (de derechos humanos o no)[32], que como una «reformulación» por el que los Estados tienen obligaciones en materia de derechos respecto de la comunidad internacional[33]. Igualmente, si la Corte IDH es vista no como el tribunal internacional que es, sino como el «órgano supranacional»[34] que no es (que sí sería la UE), con capacidad de crear normas jurídicas y no solo declarar la responsabilidad estatal[35]. Por último, si se considera que existe una «tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en base, por una parte, a la C[ADH] (como «Constitución» latinoamericana) y demás instrumentos del ordenamiento interamericano»[36], con la Corte IDH como «órgano guardián»[37] —cual tribunal constitucional supranacional[38]—, «y, por otra parte, las propias constituciones con su apertura estructural»[39].

Así las cosas, los presupuestos teóricos del ICCAL son los mismos del Control de Convencionalidad[40]. De allí al mutuo, extenso y manifiesto soporte doctrinal entre ambos, cuando no institucional, entre el MPIL y la Corte IDH[41]. Ello pues el «mecanismo del control de convencionalidad también contribuye a configurar y expandir el *ius*

---

[32] Cfr. C. Ayala, «Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia de Venezuela», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 7, 1, 2009, p. 394.

[33] Cfr. A. Carrillo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional*, Tecnos, 2001, p. 14 y ss.

[34] Cfr. M. Morales, «Estado abierto como objetivo del Ius Constitutionale Commune», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014, pp. 276-277.

[35] Cfr. A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative...», *op. cit*., p. 433.

[36] M. Morales, «Estado abierto...», *op. cit*., pp. 277-278.

[37] Cfr. E. Ferrer, «La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional», *MPIL*, Heidelberg - Alemania, 2009.

[38] Cfr. A. Rodiles, «The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward Ius Commune Americanum?», en Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier, Mila Versteeg (eds.) *Comparative International Law*, OUP, 2018, p. 520.

[39] M. Morales, «Estado abierto...», *op. cit.*, pp. 277-278.

[40] Cfr. J. Tello, «La doctrina del control de convencionalidad y sus disonancias con la democracia constitucional», en Núria Saura (ed.), *Derechos humanos, derecho constitucional, derecho internacional*, CEPC, Madrid, 2021, pp. 226-248.

[41] Cfr. M. Alterio, «El Ius...», *op. cit*., p. 8; M. Morales, «Estado abierto...», *op. cit*., pp. 291-296; A. Bogdandy, «Ius constitutionale...», *op. cit.*, p. 72; E. Ferrer, «Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en Eduardo Ferrer (ed.) *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 154-155; E. Ferrer, «La Corte...», *op. cit*.

commune. […] que da origen al fenómeno que denomino como interamericanización, caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos»[42]. Si esto es así, lo criticable en una lo es también en la otra, pues comparten, por lo menos análogo enfoque en: a) el rol «transformador» de la Corte IDH (y los jueces domésticos); b) un vertical diálogo judicial; c) el antiformalismo del Derecho; y, d) sin mayor acervo probatorio, que fueron los Estados los que fomentaron la creación de ambas[43].

Dicho ello, conviene abordar el *cómo*, pues con acierto se ha criticado que el ICCAL desdibuja con su «antiformalismo» las fronteras entre el DIDH y el derecho constitucional[44]. En efecto, la «flexibilización» del Derecho no pasa solo por abrazar la teoría del árbol vivo como vía interpretativa[45], sino que avanza por el uso del control de convencionalidad como herramienta homogenizadora[46]. No en vano se afirma que la «apertura constitucional, la interpretación evolutiva y el control de convencionalidad proporcionan las herramientas jurídicas para el constitucionalismo transformador»[47]. Contra la crítica al «antiformalismo», la réplica se ha reducido a señalar que la «flexibilización» ha sido reclamada solo para los derechos humanos, no para otras áreas como la seguridad o el comercio, donde podría afectarse «los intereses y gobernanza de estados débiles como los latinoamericanos»[48].

Pero tal contestación deja inquietudes a clarificar. En primer lugar, ¿bajo qué criterios se traza la línea de separación entre el área de derechos y el de seguridad y comercio? Si los derechos humanos lo imbuyen todo en nuestros tiempos, ¿no es tal división más artificial que real?[49]. En tal caso, si se advierten los efectos nocivos en el segundo grupo ¿qué hace que no sea así en el primero? En segundo lugar, ¿qué significa en sí la «des-formalización»? ¿incluye reformas constitucionales mediante interpretaciones judiciales mutativas, sin atravesar los cauces procedimentales previstos (usualmente, parlamentarios y con participación ciudadana)? ¿supone ignorar, según convenga, la distinta naturaleza jurídica *hard law* y *soft law* de las fuentes internacionales? ¿implica postergar principios vinculados a las formas como la lega-

---

[42] M. Morales, «Estado abierto...», *op. cit*., p. 291.

[43] Cfr. E. Ferrer, «Interpretación conforme...», *op. cit*., p. 145; M. Morales, «Estado abierto...», *op. cit*., p. 296.

[44] Cfr. A. Rodiles, «The Great...», *op. cit*., p. 509.

[45] Cfr. A. Bogdandy, «The Transformative...», *op. cit*., p. 4.

[46] Cfr. A. Rodiles, «The Great...», *op. cit.*, pp. 16-17; A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative...», *op. cit.*, pp. 512-513.

[47] A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative...», *op. cit*., p. 413.

[48] C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., pp. 1391-1392.

[49] Por ejemplo, el TEDH determinó que, en ausencia de razones relevantes y suficientes, utilizar tecnología de reconocimiento facial —incluso bajo alegaciones de «seguridad»— vulnera derechos humanos como la libertad de expresión. Cf. STEDH (3.° sección). Caso *Glukhin v. Rusia*, de 4 de julio de 2023, párr. 90.

lidad, competencia, separación de poderes, primacía parlamentaria, supremacía constitucional, etc.? Parece ser que sí, pues se admite que con el ICCAL «se disminuye la seguridad jurídica nacional, pero se aumenta en la supranacional. Se renuncia a la exclusividad sobre ciertas materias, pero se gana en la lectura común»[50]. Es más, en «América Latina, interpretar la C[ADH] a la luz de la realidad social significa, sobre todo, abordar la debilidad de las instituciones, la exclusión social y la violencia. […] También está claro que este constitucionalismo transformador tiene que avanzar con medidas estructurales, abordando las deficiencias estructurales. Por lo tanto, el mandato de la Corte [IDH] va mucho más allá de decidir si en el caso en cuestión ha habido una violación de la Convención. Esto explica las órdenes creativas y de largo alcance de la Corte sobre reparaciones, que se han convertido en un lugar clave del constitucionalismo transformador»[51].

Si se aprecia, el ICCAL se asume a sí mismo como una tesis probada que no requiere mayor demostración del acierto de sus fundamentos y métodos. Por ejemplo, ¿por qué sería beneficioso des-formalizar? Para proteger los derechos, seguro se dirá, sin explicar por qué los cauces formales son ahora «formalismos» contrarios a los elementos sustantivos de una Constitución o tratado de derechos humanos. Lo extraño es que, a modo de *disclaimer*, se dice que el ICCAL no pretende desconocer las virtudes de las formas y reglas en el Derecho[52]. Si así fuese, ¿a criterio de quién, cuándo y hasta dónde es posible «flexibilizar» su aplicación sin favorecer, simultáneamente, pareceres privativos de justicia material del operador de turno, cuando no la arbitrariedad? Más sorprendente aún es etiquetar como «neo-formalistas» las tesis críticas con el ICCAL, entendiéndoseles como una tendencia escéptica sobre un rol judicial (nacional o internacional) con participación en la revisión estructural de las políticas públicas. Es decir, como una línea argumentativa en la que prevalecerían reglas y/o procedimientos en lugar de «soluciones sistémicas impulsadas por el poder judicial»[53]. Esto, sin argumentarse por qué tal tesis es mejor que las alternativas, usualmente, partidarias de soluciones desde la política legislativa y hasta ejecutiva, más no desde la política judicial.

Ante tal panorama, ideas concurrentes para mejorar la selección de jueces interamericanos o para implementar protocolos de razonamiento jurídico[54] —por acertadas que fueren—, difícilmente aminoran las reacciones desfavorables, pues se aprecian diluidas por el talante «transformador». Tampoco basta alegar que la vaguedad de los de-

---

[50] C. Herrera, «La idea...», *op. cit.*, p. 1411.
[51] A. Bogdandy, «The Transformative...», *op. cit.*, p. 10.
[52] Cfr. C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., p. 1392.
[53] *Ibid.*
[54] Cfr. A. Bogdandy, «The Transformative...», *op. cit*., pp. 11-12.

rechos suele ser tarea clarificadora de los tribunales en la práctica y que, de todos modos, el mandato transformador está enmarcado por diferentes salvaguardas[55]. Si la discusión está en quién —legislativo o judicial— debe clarificar la indeterminación (el *deber ser*), sobre todo si hay desacuerdo, luego, es desacertado responder apelando a la vía de los hechos (el *ser*). En suma, es difícil apoyar la «des-formalización» si por ella entendemos «la falta de cauces o de procedimientos objetivos, preestablecidos mediante normas jurídicas, que regulen las competencias de un operador jurídico determinado, que restrinjan en lo posible su discrecionalidad a fin de evitar posibles abusos y que, además, puedan ser conocidas por quienes se verán afectados por su labor y, en parte, les permitan prever sus resultados»[56].

Sobre el *quién*, queda claro que el protagonismo «transformador» es del juez (especialmente, el interamericano), aunque no se niegue participación a otros poderes estatales. La justificación no se encontraría tanto en el «derecho común», sino en el rol judicial que el ICCAL cree propio del constitucionalismo vigente. Según se asevera[57], al no encontrarnos ya ante la visión decimonónica del rol judicial, donde la creatividad era reducida a la solución de ambigüedades y lagunas, «se requiere equilibrar la balanza». Si el siglo XIX tuvo el protagonismo del legislativo y el XX del ejecutivo[58], «¿será el siglo XXI el siglo del poder judicial?» («maltratad[o] a lo largo de la historia»). En Latinoamérica —se dice—, los jueces se han caracterizado por su «pasividad para contribuir en la solución de los grandes problemas de sus estados». Resulta necesaria entonces una «reacomodación de los poderes para que los contrapesos puedan funcionar apropiadamente».

Si así fuese, ¿cómo se calcula la «reacomodación» hasta considerarla cumplida? Se representa al judicial como el desventurado excluido histórico que ahora debe remontar. Tratándose este de un postulado teórico no acotado a la región, ¿no debería aplicarse también en otros lugares como en los países escandinavos, de tradición judicial fuertemente deferente con el parlamento?[59]. Ello sería lo coherente con el planteamiento. Manifestar que no, obliga a los proponentes a justificar la diferencia. Probablemente, lo harían ya no mediante una proposición

---

[55] Cfr. A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative...», *op. cit.*, pp. 438-440.

[56] M. Silva, «Ius constitutionale commune para América Latina (ICCAL) y activismo judicial : ¿hacia el gobierno de los jueces?», *Prudentia Iuris. 2022, 94*, 2022, p. 83.

[57] Cfr. C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., pp. 1408 y 1415.

[58] Nótese que esta apreciación no es necesariamente acertada, pues el siglo XX puede también ser catalogado —al menos en buena medida—, como uno de la justicia constitucional. Ello, como fruto de la superioridad de la Constitución por sobre la Ley.

[59] Cfr. H. Krunke, «The Danish Lisbon Judgment», *European Constitutional Law Review*, vol. 10, 3, 2014, T.M.C. Asser Press, p. 569; J. E. Rytter; M. Wind, «In need of juristocracy? The silence of Denmark in the development of European legal norms», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, 2, 2011, pp. 473-474.

teórica, sino mediante una excepción práctica centrada en lo que creen que funciona mal en Latinoamérica (hiperpresidencialismo, corrupción…). Pero ¿no son estos asuntos esencialmente políticos[60]? Es más, señalar que son los jueces los llamados a resolverlos, ¿no es ya una decisión política respecto del rol judicial en la región?

En efecto, estamos frente a una doble decisión política. Una previa e institucional respecto del diseño competencial para que los jueces suministren «transformaciones» (políticas); y, una posterior y material, cuando un juez resuelve un asunto esencialmente político. Naturalmente, la resolución sobre ciertos asuntos de derechos genera un impacto político, pero nos referimos ahora a aquellas cuestiones esencialmente políticas, cuyo entorno de decisión escapa habitualmente al judicial; siendo vías para su reconocimiento su ausencia al interior de las opciones fundamentales en la Constitución (*e.g.* aborto en EEUU[61]), o cuando hallándose, el sentido adoptado es uno y no otro (*e.g.* restricciones del sufragio pasivo en México, art. 130), o cuando se deriva su desarrollo a los poderes públicos (*e.g.* vivienda digna en España, art. 47).

Por ello se ha advertido que el ICCAL implica un alto riesgo de judicialización de la política[62]. De hecho, para este la «conceptualización jurídica de los conflictos políticos y sociales como conflictos de principios […] permite su canalización y tal vez su racionalización», lo cual «es positivo a la luz de principio democrático, ya que promueve el discurso público en las decisiones judiciales»[63]. Pero, este enfoque es problemático, pues al subsumir tales conflictos en los principios a ponderar por los jueces, termina trasladando una alta carga política a la labor judicial, desplazándose así a las instancias legislativas y ejecutivas[64], y generándose un efecto exactamente contrario al querido en términos de respeto al principio democrático y la legitimidad judicial. Además, resolver judicialmente demandas sociales y/o políticas tiene como efecto negativo desactivar a los respectivos colectivos en sus eventuales reclamos ante el legislativo o ejecutivo. Si bien ello no es óbice para la interpretación judicial desde los principios jurídicos (indeterminados), es preciso distanciarse de aquel constitucionalismo líquido[65] que aprecia

---

[60] Es decir, un asunto de conveniencia entre dos o más opciones razonables, que el constituyente (o el parlamento) debe dirimir. Cfr. L. Castillo, «La inconvencionalidad de la Corte IDH, otra vez», *La Ley*, 2022, sec. Única.

[61] Cfr. J. Tello, «El caso Dobbs: de la Constitución viva a la Democracia Constitucional viva», *Revista de Derecho Político*, 116, 2023, pp. 138-152.

[62] Cfr. M. Alterio, «El Ius...», *op. cit*., p. 2.

[63] A. Bogdandy, «Ius constitutionale...», *op. cit*., p. 22.

[64] Cfr. L. Álvarez, «Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 108, 2015, p. 96.

[65] Cfr. I. Villaverde, «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo xxi», *Revista da AJURIS*, vol. 45, 144, 2018, p. 34 y ss.

el Derecho como «arcilla o plastilina en manos del intérprete, que puede hacerle decir lo que en cada momento estime oportuno»[66].

Ahora bien, la solución judicial de asuntos materialmente políticos no debería ser un problema si existiese una previa decisión de política institucional que facultase a los jueces para tal cometido. Pero dicha determinación no ha sido tomada (ni a nivel nacional ni interamericano) y, de hacerse, requiere su previsión constitucional o convencional. *Ergo*, la mera práctica interna, de existir, no es suficiente (por la inseguridad jurídica que supone) y, en tal caso, debe ser fehacientemente —que no selectivamente— probada por el ICCAL. Esto pues no es del todo antojadizo calificar de *cherry picking* la elección de casos que demostrarían los frondosos precedentes transformadores, estándares comunes, cuando no fructíferos diálogos judiciales. A menudo, es clara la impresión de presentarse solo casos favorables, evitándose aquellos que cuestionan la tesis sostenida[67] (o haciéndose solo menciones genéricas y sin mayor análisis para no obviar «ciertas tensiones»[68] en la región).

Alegar que las «cláusulas de apertura» cumplen esa función de política institucional que habilita a los jueces para quehaceres transformadores en materia esencialmente política, es pedirles más de lo que pueden dar, forzando una comprensión auto-validada por el ICCAL. Igualmente, defender cambios constitucionales informales mediante interpretaciones evolutivas que responden a expectativas de actores regionales, horada los avances históricos del Estado de Derecho, pues aprueba y estimula la confirmación por la vía de los hechos de eventuales mutaciones constitucionales que desconozcan los mecanismos democráticos y de seguridad jurídica previstos en la Constitución para tales aconteceres. En efecto, con la excusa de no contemporizar con la inercia de los Estados, esta teoría permite avalar conocidas prácticas de «atajo» por las que no importa ya persuadir a los conciudadanos de una reforma si un buen litigio estratégico constituye una vía más efectiva/expeditiva para lograrlo, aunque no ciertamente el camino más democrático y dialógico[69]. Es inadmisible ser indiferente con este fenómeno si se reconoce que los «discursos y luchas políticas en la región están a menudo enmarcadas y desarrolladas bajo un nuevo lenguaje, el lenguaje de los derechos humanos»[70].

Peor aún resulta aducir nuevas «tendencias» de actuación/entendimiento en tal dirección (política judicial). Estas, incluso existiendo,

---

[66] Cfr. C. Martínez; P. De Pablo, *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Rialp, Madrid, 2007, p. 13.

[67] Cfr. C. Villagrán; F. Fernandes, «A Human Rights' Tale of Competing Narratives», *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, 2017, p. 1616.

[68] Cfr. M. Morales, «Estado abierto...», *op. cit.*, pp. 288-289.

[69] Cfr. M. Silva, «Ius constitutionale...», *op. cit*., pp. 82-90 y 98-99.

[70] A. Bogdandy, «The Transformative...», *op. cit*., pp. 13-14.

no son Derecho, y si bien pueden llegar a serlo, aún no lo son. Es más, podrían cambiar de sentido o, simplemente, desvanecerse. Y, si consideramos las «tendencias», no podríamos ignorar a las «contratendencias» críticas con el ICCAL (o el control de convencionalidad), calificándolas convenientemente como «neo-formalistas», «ataques al derecho común»[71], etc. Ciertamente, no hay hoy lugar conjunto para el Estado-Nación y el DIDH, pero hay amplio espacio para múltiples aproximaciones de relación entre el derecho interno y el derecho internacional. El ICCAL es solo una de ellas, aunque no precisamente la mejor debido a su precaria fundamentación y cuestionables métodos (antiformalismo, interpretación evolutiva y control de convencionalidad). Además, como veremos, supone un menoscabo para la democracia, sea porque el constituyente nunca autorizó el visionario devenir que el ICCAL cree leer en las cláusulas de apertura, sea porque ello fomenta la intervención judicial —sesgo elitista[72]— en la solución de asuntos políticos que deberían resolver los representantes del pueblo (legislativo) o, incluso, el propio pueblo.

4. «TRANSFORMACIÓN DEMOCRÁTICA» SIN PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

El ICCAL pretende nuevos derroteros para la «democracia», pero termina socavándola cuando sus bases teóricas y consecuencias prácticas reflejan un imperativo allí donde debía haber diálogo; una uniformización allí donde se decía respetar las particularidades; un mandato desde arriba-afuera cuando se supone provenía desde abajo-adentro; y, finalmente, un liderazgo y dirección judicial allí donde el *demos* y su representación debían capitanear.

4.1. Un diálogo con *«últimas palabras»*

Según Morales, el «diálogo jurisdiccional» es un «concepto del *ius constitutionale commune*, empleado para legitimar la argumentación de las decisiones, a fin de convencer a otros actores jurídicos y, a la vez, como manifestación del nuevo paradigma»[73], debido a que «una resolución de cualquier tribunal puede ser controlada por otro tribunal. En el escenario actual, no hay ya 'últimas palabras'»[74]. Pero, concluye aludiendo a la idea de «viva interacción» (entre la Corte IDH y los ordenamientos nacionales) del exjuez García-Sayán, quien entiende al «diálogo» bajo una dinámica vertical, donde la Corte IDH tiene siem-

[71] *Ibid.*, p. 10.
[72] Cfr. M. Alterio, «El Ius...», *op. cit*., pp. 8-9.
[73] M. Morales, «Estado abierto...», *op. cit*., p. 281.
[74] A. Bogdandy, «Ius constitutionale...», *op. cit*., pp. 14-15.

pre la que la última palabra[75]. En efecto, contra la genuina noción de «diálogo»[76], la comprensión promovida por el ICCAL (y el control de convencionalidad) genera una relación vertical[77] y monológica[78], dónde las autoridades internas, si bien pueden opinar, deben ceñirse al fin y al cabo a «las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos»[79]. Nada inesperado, según algunos autores[80], si el propio ICCAL es una narrativa unidireccional que relega a otros entendimientos sobre la relación entre el derecho doméstico y el internacional.

No parece faltarles razón si perspectivas alternativas son referidas[81] como «zombis intelectuales» o «muertos vivientes» desentendidos, en pleno siglo XXI, de las nuevas dinámicas (no binarias) entre el Derecho interno y el internacional; «neo-formalistas» con «rechazo a lo diferente», limitados a la «literalidad de la norma positivizada» y puestos al «nacionalismo metódico», que relega la función del jurista y otros actores «a la de simples autómatas». Así, cual consejo, añaden que un «gran paso inicial por parte de cualquier escéptico [del ICCAL] consiste en autocuestionarse la posibilidad de reformular la concepción verticalista del derecho, el formalismo jurídico extremo y la flexibilización de la idea clásica de soberanía»[82].

A todo ello, aceptar el pluralismo normativo no se traduce en un unívoco entendimiento (el del ICCAL) sobre el fenómeno actual. Luego, de haber aun coincidencia en el diagnóstico, no tiene por qué haberla en el pronóstico. Ahora bien, el ICCAL dice abanderar el pluralismo normativo, pero la interacción judicial que promueve denota una concepción monista del derecho internacional en la que los derechos humanos, según los concibe la Corte IDH, ocupan la posición más alta de la nueva jerarquía[83]. Si a ello sumamos al control de convencionalidad como su herramienta aliada para «la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos»[84], resulta

---

[75] Cfr. P. G. Carozza; P. González, «The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, 2, 2017, p. 441; J. Contesse, «The final word?: Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights», *International journal of constitutional law*, vol. 15, 2, 2017, Oxford University Press, pp. 424-426.

[76] Cfr. P. Carozza; P. González, «The final...», *op. cit*., p. 440.

[77] Cfr. A. Rodiles, «The Great...», *op. cit.*, pp. 509-511.

[78] Cfr. A. Dulitzky, «An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights», *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 76.

[79] Cfr. Corte IDH. *Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Voto del juez García-Sayán, párr. 30.

[80] Cfr. C. Villagrán; F. Fernandes, «A Human...», *op. cit.*, pp. 1603-1613.

[81] Cfr. C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., pp. 1390-1394.

[82] *Ibid.*, p. 1413.

[83] Cfr. A. Rodiles, «The Great...», *op. cit*., p. 521.

[84] M. Morales, «Estado abierto...», *op. cit.*, p. 291.

insólito acusar de verticalismo y automatismo a las alternativas críticas con el ICCAL. Así las cosas, aludir a la inexistencia de la «última palabra» es más retórico que real: la Corte IDH se considera la última garante del modelo democrático (paradójicamente, contra el principio democrático[85]) y de los derechos humanos[86]; y el ICCAL secunda tal autoconcepción con su mirada sobre el rol de la Corte IDH, el diálogo judicial y el uso del control de convencionalidad.

Juzgan algunos que, bajo cierta comprensión del control de convencionalidad, no debería haber incompatibilidad con el concepto real de «diálogo»[87]. Ello, ciertamente, es posible si redefinimos la tesis de convencionalidad o asumimos su versión «débil»[88], pero no si consideramos el sentido «fuerte»[89] acuñado por la Corte IDH, es decir, una noción que supone: a) la supremacía práctica de los tratados interamericanos de derechos humanos y de su interpretación judicial —equiparándose su valor jurídico— por sobre el ordenamiento interno; b) los efectos directos y generales de éstos en sede doméstica; c) el requerimiento hacia toda autoridad de actuar en consecuencia, realizando un control de validez normativo; y, finalmente, d) la competencia de la Corte IDH para verificar y/o corregir lo actuado[90]. En otro orden de cosas, si se dice que en el nuevo Derecho público no basta la «autoridad» judicial para sustentar un fallo, sino que hace falta una argumentación que persuada a los actores legales y justifique la decisión adoptada[91]; de igual manera, añadiríamos, no es suficiente el razonamiento judicial si no se halla, previamente, asentado en el marco de las competencias que sostienen la propia actividad jurisdiccional. Es decir, mal harían los tribunales —más allá del persuasivo razonamiento judicial presentado— en querer resolver asuntos sobre los que no tienen competencia, *e.g.,* cuando estos deben ser dirimidos por el legislativo.

---

[85] Cfr. R. Gargarella, «Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay», vol. 109, 2015, Cambridge University Press, p. 118.

[86] Cfr. N. Torres Zúñiga, «The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation: A Tool of Self-Validation», *Araucaria*, 46, 2021, p. 501.

[87] Cfr. P. Carozza; P. González, «The final...», *op. cit*., p. 441.

[88] Cfr. E. Vio Grossi, «El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, 2018, 2019, pp. 317-330; C. Orunesu, «Conventionality control and international judicial supremacy: Some reflections on the Inter-American system of human rights», *Revus*, 40, 2020, p. 5.

[89] Cfr. M. Henríquez, «El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2019, pp. 337-355.

[90] Cfr. J. Tello, *Control de Convencionalidad y Estado...*, *op. cit.*, pp. 29-93.

[91] Cfr. A. Bogdandy, «Ius constitutionale...», *op. cit*., p. 14.

4.2. Homogeneizando la diversidad

Se dice respetar las «particularidades» y no buscar la «homogenización»[92], siendo que «quienes critican el *ius commune* por anular las diferencias desconocen la naturaleza misma y la razón de ser de esta figura, cuya nota característica es la articulación antes que la homogenización»[93]. Pero alegar la ignorancia de los críticos, hace poco mérito de las críticas. Si se aprecia, dadas las premisas del control de convencionalidad y del ICCAL, es notorio que, si la Corte IDH se decanta por una cierta orientación en materia de derechos, no se espera contrariedad por parte de los Estados, so riesgo de mermarse los avances en la protección de derechos y la construcción de derecho común. Prueba de ello, es la tenaz uniformización —con nulo espacio para la divergencia— en los conocidos casos *Gelman vs. Uruguay* y *Artavia Murillo vs. Costa Rica*[94]. En tales escenarios, ¿de qué «articulación» hablamos?

Podría contestarse que tales fallos hablan más de la actuación de la Corte IDH que del ICCAL, pero éste provee las bases teóricas para tal tipo de actuación. El ICCAL, dirán Bogdandy y Ureña[95], refiere a una «comunidad latinoamericana de derechos humanos» con sus *insiders* y *outsiders*. Los últimos serían los que no se comprometen con el derecho interamericano y «socavan las prácticas de la comunidad, o la comprensión compartida de su significado social». Los primeros, en cambio, formarían parte de la comunidad pese a sus posibles desacuerdos con la Corte IDH al interpretar la CADH (no se les pide homogeneidad, afirman). Narraron así lo acontecido en Costa Rica respecto de la OC-24/17[96] —donde la Corte IDH instó a los Estados a legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo— y señalaron cómo los evangélicos conservadores, pese a su abierta oposición, también «forman parte de dicha comunidad en la medida en que participan en las prácticas comunes con el objetivo de transformar la realidad de violencia, exclusión y debilidad de las instituciones».

Hasta allí no parece haber problema. Pero tales autores manifestaron simultáneamente que la Corte Suprema costarricense «demostró ser miembro de la comunidad latinoamericana de derechos humanos al basarse ampliamente en la jurisprudencia interamericana sobre derechos LGBTI». Esto, para declarar inconstitucional la no permisión de

---

[92] Cfr. C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., p. 1387.

[93] P. A. Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, 1, Universidad del Externado, 2015, p. 170.

[94] Cfr. J. Tello, *Control de Convencionalidad y Estado...*, *op. cit*., pp. 292-298 y 358-377.

[95] Cfr. A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative...», *op. cit*., pp. 415-418.

[96] Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.* Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párrs. 218-227.

los matrimonios entre personas del mismo sexo, dando al parlamento dieciocho meses para regularlo. Ahora bien, ¿hubiese sido la Corte Suprema un *outsider* si su decisión no hubiese secundado tal jurisprudencia? Si respondemos que «no», entonces es verdad que es posible hacer parte de la comunidad manteniendo incluso fuertes discrepancias jurídicas con la Corte IDH y sin considerarse que se «socavan las prácticas de la comunidad, o la comprensión compartida de su significado social». Mas, de responderse que «sí», ¿cómo sería posible que la Corte Suprema sea un *outsider*, mientras que los evangélicos conservadores son *insiders*? La condición de pertenencia esbozada («en la medida en que participan…») sirve de poco. Con cargo al error, la única explicación que auguramos es aquella por la que es posible discrepar a nivel de opinión (la homogeneidad no es requerida), pero no a nivel de regulación jurídica (la diversidad aquí no es ya permitida). Bienvenida la libertad de pensamiento siempre que la tesis contraria no prevalezca jurídicamente. Solo así se dilucida cómo la Corte Suprema fue un *insider* con la orientación de su decisión, mientras los evangélicos conservadores, en dirección opuesta, no llegaron a ser *outsiders*: pues no triunfaron jurídicamente.

Esto importa pues existe fuerte divergencia en las altas judicaturas en la región respecto de la OC-24/17. Mientras la Corte Constitucional ecuatoriana[97] utilizó dicha resolución, el control de convencionalidad y la interpretación evolutiva para considerar discriminatoria la expresa reserva constitucional varón-mujer del matrimonio[98]; el Tribunal Constitucional peruano[99] aseveró que tal OC no obliga, siendo su única fuerza la de generar convicción, cuestión que no logra pues desborda la solicitud hecha por Costa Rica y contraría la propia disposición de la CADH que pretende interpretar[100]. Por su parte, el Tribunal Constitucional chileno[101] señaló que dicha OC podía representar cierta tendencia en el ámbito internacional, pero que respetaba la decisión del legislador chileno, al que no correspondía sustituir en la configuración de la institución matrimonial varón-mujer, no habiendo discriminación

---

[97] Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia núm. 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019. FJ. 127-128, 291-295

[98] Cfr. B. Marcheco, «El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional. A propósito de las sentencias sobre matrimonio igualitario en el Ecuador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 2020, p. 192 y ss.

[99] Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche*. Sentencia de 3 de noviembre de 2020. EXP. núm. 01739-2018-PA/TC.

[100] Cfr. J. Tello, «El *caso Ugarteche vs. Reniec*: sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo (Tribunal Constitucional peruano)», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, 1, 2022, pp. 202-209.

[101] Cfr. Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 7774-2019. Sentencia de 25 de junio de 2020. FJ. 23-26, 32, 38-39.

en ello. Por último, la Corte Suprema panameña[102] rechazó declarar inconstitucional el matrimonio varón-mujer del Código de Familia. Ello porque ni la CADH ni ningún otro tratado recoge la unión conyugal entre personas del mismo sexo, siendo la OC-24/17 una «interpretación disociada de los preceptos que están contenidos en los Tratados de Derechos Humanos», por lo que no puede ser un referente impositivo. Además, señaló que el control de convencionalidad no podía ser pretexto para ignorar el derecho interno ni para crear un nuevo derecho mediante la judicatura, usurpando así las funciones que competen al legislativo o al constituyente. Nuevamente, o bien estas sentencias que confrontan la autoridad interpretativa de la Corte IDH y aperturan parcelas diferenciadoras (¿margen de apreciación?) son también bienvenidas (*insiders*), pese a paradójicamente mermar los fines del ICCAL y del control de convencionalidad; o bien no (*outsiders*), fomentándose una pronta alineación con el tribunal interamericano, aunque ello contradiga su aparente perfil no homogeneizador.

4.3. Globalismo auto-validado

Dicho ello, el ICCAL no es original y presenta dificultades para rescatar lo propio de Latinoamérica, pareciéndose más una corriente del globalismo jurídico en formato regional, que se nutre notoriamente del neoconstitucionalismo europeo[103] y de la concepción alemana del ideal europeo de constitucionalismo global[104]. La réplica[105] afirma que si la construcción del ICCAL está informada por el «universalismo europeo» es porque también lo está «toda la estructura jurídica de la región». Por ello, añade, pese al mayor tiempo como colonias que como repúblicas, Latinoamérica es capaz de aportar algo propio e innovador, siendo necesario que los «juristas apegados al formalismo […] puedan adaptarse a los desafíos del presente y futuro», pues el ICCAL conformaría un nuevo elemento de «aportación latinoamericana al derecho público global». Naturalmente, tal respuesta no satisface, pues confunde la crítica a un planteamiento que se precia de oriundo y original, con una apatía por generar una ideal contribución latinoamericana para el mundo. La narrativa universalista sobre el rol del SIDH es, además, de poca ayuda para los problemas advertidos pues «descontextualizan y despolitizan la protección de los derechos en la región»[106].

---

[102] Cfr. Pleno. Advertencia de Inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de febrero de 2023. Expediente 1042-16, p. 40-60.

[103] Cfr. A. M. Alterio, «El Ius...», *op. cit.*, pp. 10-12; A. Coddou, «A critical...», cit., pp. 123-126 y 134-136.

[104] Cfr. A. Rodiles, «The Great...», *op. cit*., pp. 502-508.

[105] Cfr. C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., pp. 1404-1407.

[106] C. Villagrán; F. Fernandes, «A Human...», *op. cit.*, p. 1638.

Por ello, no son aciagas las críticas de autoreferencialidad, autointerpretación y autovalidación provenientes de la *radical legal theory*. En sí, porque el ICCAL y la idea de la Corte IDH como agente transformador, ambos, fruto de la cosmovisión jurídica de sus promotores, se retroalimentan y confirman mutuamente[107]: mientras el ICCAL establece las bases para el papel activista de la Corte IDH como agente de cambio democrático, la labor de la Corte IDH —así entendida— concreta y demuestra la existencia y necesidad del ICCAL. Así, se dirá, el uso de analogías constitucionales es «ideológico» pues contribuye a crear «relaciones de dominación»: mientras la «constitucionalización» del derecho interamericano justifica el «abusivo» crecimiento competencial de la Corte IDH, la «progresividad» le sirve para explayarse en derechos sociales, aun cuando no es parte de su mandato. Aún más, mientras que el control de convencionalidad asemejado al de constitucionalidad valida la dependencia obligatoria de las autoridades respecto de la jurisprudencia interamericana, el «diálogo» genera una subordinación monista pues otorga a la Corte IDH la autoridad para definir los meta-valores del intercambio[108].

En efecto, el ICCAL se funda en la idea de los tribunales internacionales como agentes de gobernanza global con poder transformador y legitimidad democrática para actuar en representación de las personas. Bajo esta perspectiva, la autovalidación de la Corte IDH como agente de cambio democrático es fruto de su auto-comprensión (mediante sus sentencias y, añadimos, su tesis de convencionalidad) y su auto-interpretación como tal (mediante los académicos que le rodean, también los del ICCAL). Dicha dinámica hace que nos hallemos en un insólito escenario donde se afirma la autoridad de la Corte IDH como agente de promoción democrática sin un esfuerzo por demostrar cómo se arriba a tal conclusión[109].

Al respecto, alegar una y otra vez que estamos frente a un «cambio de paradigma» no parece ya aquel razonable reconocimiento del salto cualitativo entre el modelo jurídico previo y posterior a la Segunda Guerra Mundial o, en el caso regional, previo y posterior al período de dictaduras. Por el contrario, a menudo, su uso se asemeja a una 'profecía autocumplida', pues se insiste en una predicción que termina siendo la propia causa motora de aquella realidad querida. Es decir, «si los hombres definen las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias» (teorema de Thomas). Así, la persistencia en predecir aquel ICCAL (los jueces como agentes de cambio político y social,

[107] Cfr. N. Torres Zúñiga, «Critica a la ideología: Corte Interamericana de Derechos Humanos, ius constitutionale commune y poder transformador», *IberICONnect*.

[108] Cfr. *Ibid.*; M. Alterio, «El Ius...», *op. cit*., pp. 12-15.

[109] Cfr. N. Torres, «The Image...», *op. cit*., pp. 486-489.

la des-formalización del Derecho…) termina produciendo el curso de acción requerido (la prescripción) para lograrlo.

4.4. Contra el *demos* de la subsidiariedad

Si el ICCAL pretende la permanente expansión del «derecho común», por definición, el margen de apreciación nacional y sus potenciales parcelas de divergencia en materia de derechos, conforma la antítesis. No sorprende, por tanto, que con frecuencia los impulsores del ICCAL (y del control de convencionalidad) vean con recelo y alarma su fomento[110], pues supondría la abdicación de la Corte IDH respecto de objetivos de lógica universalista que no admiten fragmentaciones[111]. De hecho, señala un autor[112] que la autoridad interpretativa dada a la Corte IDH permite que «los órganos interamericanos est[é] n en condiciones de imponer criterios de valoración de conceptos indeterminados con base convencional sólida. Por lo tanto, no estamos ante una intromisión en aspectos que son propios del ámbito nacional, sino frente a expresiones del ejercicio de las funciones que los propios Estados han conferido a los órganos de control en ejercicio de la soberanía nacional». Así, ninguna «de las concesiones de espacios de discrecionalidad que entrega la [CADH] puede conducir a una interpretación sobre una suerte de recepción […] del margen de apreciación […] [y] […] la Corte [IDH] ha sido reticente a utilizar[la]», quizás porque los órganos interamericanos «no confían en la determinación interna de las condiciones […] que permiten el cumplimiento de las obligaciones del Estado». En análogo sentido, el exjuez interamericano Cançado[113] ilustró bien la resistencia habitual a esta figura al señalar que «presupone la existencia de Estados verdaderamente democráticos, con un Poder Judicial indudablemente autónomo», solo viable en «una Europa occidental (pre-1989) relativamente homogénea en cuanto a sus percepciones de una experiencia histórica común». Dirá así, «[m]enos

---

[110] Cfr. N. Torres, «The Image...», *op. cit.*, p. 493; P. Contreras, «Análisis Crítico del Control de Convencionalidad», en Manuel Núñez (ed.) *La internacionalización del Derecho Público*, Thomson Reuters, Chile, 2015, p. 450; F. Zúñiga, «Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica», en Humberto Nogueira (ed.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Chile, 2012, p. 445.

[111] Cfr. C. Nash Rojas, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, pp. 76-77, fecha de consulta 21 mayo 2021, en *https://bit.ly/3fFV8gr.*

[112] Cfr. *Ibid.*, pp. 84-95.

[113] A. Cançado, «Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección a Los Derechos Humanos. San José: IIDH*, 1998, pp. 582-583 [*online*: 9-10].

mal que dicha doctrina no encuentra un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la C[ADH]».

Para el exjuez interamericano Faundez, en cambio, el alcance asignado a las disposiciones convencionales al interior de cada Estado cuenta con cierta subjetividad que supone, necesariamente, un margen de apreciación, de modo que «[aun cuando] la idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la C[ADH] […] es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano, y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones»[114]. Por ejemplo, el deber de los Estados de «adoptar, *con arreglo a sus procedimientos constitucionales* y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades» (2 CADH, destacado nuestro). En efecto, desde el preámbulo de la CADH se recoge el propósito coadyuvante, complementario y/o subsidiario del SIDH. Y, en algún momento, la Corte IDH llegó a utilizar expresamente el margen de apreciación[115]. Sin embargo, con el ICCAL (y el control de convencionalidad) se erigiría a la CADH como instrumento supremo de integración en materia de derechos, mientras la Corte IDH sería una entidad protagónica y monopólica de los contenidos, alcances y evolución de los derechos humanos en la región. Se cambiaría, por tanto, el paradigma en el que se halla asentado el sistema[116]: de uno complementario a uno principal (transformador)[117].

Piénsese que, si el ICCAL pretende un derecho común mediante un constitucionalismo transformador obrado por la Corte IDH y los tribunales nacionales —protagonistas de la vida política e institucional de su país[118]—, tienen estos un incentivo tenaz para un fuerte activismo. No en vano se dice que «el buen juez debe ser un juez activista […] El activismo debe ser, pues, progresista»[119], o que «muchas sentencias que bajo el viejo paradigma parecerían activismo judicial cuestionable, se entienden bajo el nuevo paradigma como propios del Poder Judicial en una democracia constitucional que de manera incremental ayuda a

---

[114] H. Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3.ª ed., IIDH, San José, 2004, p. 63.

[115] Cfr. Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, párr. 62.

[116] Cfr. A. E. Dulitzky, «El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?», en Julio Cesar Rivera (ed.) *Tratado de los derechos constitucionales*, vol. 1, Abeledo Perrott Buenos Aires, 2014, p. 535.

[117] Cfr. M. Alterio, «El Ius...», *op. cit*., p. 16.

[118] Cfr. L. García Jaramillo, «De la "constitucionalización" a la "convencionalización" del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune», *Revista Derecho del Estado*, 36, 2016, Universidad Externado de Colombia, p. 141.

[119] *Ibid.*, p. 138.

realizar el nuevo proyecto constitucional»[120]. Cuestión distinta es que, aquel Derecho común arribe, paulatina y mesuradamente, como efecto secundario de la genuina labor de la Corte IDH: resolver controversias respecto de denuncias de violaciones de derechos humanos. Es decir, no como propósito fundamental que la impulse afanosamente —cual guardián apolítico cuya autoridad no brota ya del consentimiento de los Estados, sino de una neutra y natural noción de ICCAL[121]— a cumplir su cometido uniformizador, pues no está llamada a ser agente protagónico, sino subsidiario, de —si se quiere— aquella transformación. De igual modo, con cargo a mayor estudio, cuestión distinta es que, excepcionalmente, los tribunales puedan tener legitimidad para intervenir cuando el procedimiento democrático es deficitario (bloqueo o cooptación)[122]. El problema del ICCAL es que lo excepcional se convierte en regla bajo su retrato jurídico-político de la región.

Sobre esto último, continuamente se cree que prever el margen de apreciación supone entregar a los Estados una potencial licencia para vulnerar derechos. Esta presunción en contra permite a menudo asumir la mejor posición de los jueces interamericanos y académicos afines para actuar en representación de los derechos y la democracia[123]. Mas, considerar a los Estados como si aún se mantuviesen en el período de dictaduras de hace poco más de tres décadas, no responde al escenario actual[124], en el que, pese a sus limitaciones prácticas, el Estado es un aliado en el soporte material del SIDH y el promotor primigenio en la protección sustantiva de los derechos de las personas. Lo anterior, no ignora lo mucho que resta hacer en la región, pero esperar altos estándares de progreso —no se sabe bien cuáles, a criterio de quién y con qué autoridad— para abandonar recién la visión de paternalismo judicial predominante, o adoptar como excepción —no como regla— una presunción contra los Estados, simplemente, no es justificable.

Conviene recordar que, además, el margen de apreciación es una forma de *self restraint* y prudencia, mediante el cual los órganos internacionales brindan a los nacionales un ámbito de deferencia para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos, justificado ello en el respeto al equilibrio institucional, la legitimidad de los órganos, el pluralismo y la diversidad cultural[125]. De hecho, contra cierto pánico

---

[120] A. Bogdandy, «Ius constitutionale commune en América Latina. Aclaración conceptual», en Armin Bogdandy, Mariela Morales, Eduardo Ferrer (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión.*, IEC-Querétaro, 2017, p. 159.

[121] Cfr. N. Torres, «The Image...», *op. cit.*, p. 485.

[122] Cfr. A. Bogdandy, «Ius constitutionale commune en América Latina. Aclaración conceptual.», *op. cit*., p. 34.

[123] Cfr. N. Torres, «The Image...», *op. cit*., p. 498.

[124] Cfr. C. Villagrán; F. Fernandes, «A Human...», *op. cit.*, pp. 1616 y 1638.

[125] Cfr. J. Martínez, «Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo», *Estudios Constitucionales*, vol. 12, 1, 2014, pp. 379-385; M.

existente, un bien entendido margen de apreciación se asienta en el principio subsidiariedad, pues este «sirve para explicar que la deferencia otorgada a los Estados no niega la universalidad de los derechos humanos, sino que simplemente permite la instanciación de principios universales según las circunstancias, la cultura y la historia de cada comunidad»[126]. Si atendemos al debate europeo, el margen de apreciación y el consenso emergente son también doctrinas percibidas como competitivas entre sí, pues se piensa que el primero diluye al segundo y viceversa. No obstante, utilizando el teorema de *Condorcet*, Dothan[127] demuestra que un bien aplicado margen de apreciación permite que emerja un real consenso regional pues, cual requisito previo, posibilita descubrir un genuino consenso mediante las decisiones estatales adoptadas independientemente. *Mutatis mutandis*, un auténtico *ius commune* requiere una anterior y autónoma participación estatal en tal sentido, más que un avasallador mandato externo de concreción (ICCAL).

Considérese que, para la Corte IDH, ni siquiera es preciso el consenso estatal en asuntos complejos, novedosos o ajenos a la CADH para, en adelante, adoptar y promover una cierta orientación. En efecto, descartando la creación de protocolos que la CADH prevé, la Corte IDH, en honor a la «interpretación progresiva», afirmó que «aunque no existiera consenso», no se puede negar o restringir los derechos de las minorías, o «perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que […] han sufrido». Por tanto, que sea «materia controversial […], y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a […] las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la C[ADH]»[128]. Tal óptica tiene varios problemas, siendo el más notorio aquella especulación material de una justicia disociada, inexistente o dudosa en el tratado a interpretar, más aún si se reconoce que el asunto es disputado y no hay consenso mínimo. Con tal horizonte, donde falta añadir al ICCAL y su transformación activista, al control de convencionalidad como mecanismo de alineación doméstica, al diálogo judicial como herramienta legitimadora y a la exégesis evolutiva como excusa

---

Núñez, «Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos», en Paola Acosta, Manuel Núñez (eds.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, UNAM, México, 2012, pp. 5-6; Y. Arai, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, NY, 2002, pp. 3-4; S. Bertelsen, «The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity», 2014, Notre Dame, p. 270.

[126] S. Bertelsen, «The Margin...», *op. cit*., p. 270.

[127] Cfr. S. Dothan, «Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge», *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, 2, 2018, pp. 399-400, 410 y 419.

[128] Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 74 y 92.

«desformalizadora» del Derecho, ¿qué son los derechos humanos sino aquello que decide un voluntarismo judicial sin contrapeso ni control[129]? ¿no es la propia «democracia» solo un discurso legitimador desprovisto ya del *demos*?

De nuevo, no sorprende la renuencia de la Corte IDH hacia el margen de apreciación[130], pese a que éste, en buena medida, responde a un *demos* expresado en una decisión estatal sobre derechos. La norma jurídica —nacional o internacional— debe ser el fruto de un profundo y deliberado acuerdo democrático (horizontal), más que de una imposición judicial (vertical)[131]. No hacerlo así conspira además contra el propio ICCAL, pues excluye a la ciudadanía y privilegia a élites en la adopción de decisiones, de arriba hacia abajo, sin un discusión política y libre entre iguales[132]. Querer paliar esto apelando a una legitimación transnacional de las decisiones de la Corte IDH mediante una «comunidad latinoamericana de derechos humanos»[133], no persuade, sea debido a la abstracción del ente al que se alude, sea porque no es claro si su papel reemplaza o complementa a las democracias nacionales (¿y en caso de discrepancia?), o sea porque no se puede medir con certeza su voluntad, mientras que en una democracia nacional, aun con limitaciones, esto es posible.

En tal escenario, tiene más sentido prever normativa o, al menos, jurisprudencialmente el margen de apreciación, como han hecho ya algunos Estados[134]; pues no parece que dicha iniciativa vaya a provenir de la Corte IDH y porque, en estricto, esta doctrina no es tanto un espacio de discrecionalidad «concedido» por un tribunal internacional[135], sino un atributo estatal «propio» —no condicionado a tal deferencia— para inculturar jurídicamente los derechos[136]. De hecho, esta doctrina ya ha sido empleada para matizar el impacto de una «adopción sin cortapisas [del] control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales»[137]. A fin de cuentas, se busca una solución que respete

---

[129] Cfr. M. Silva, «Ius constitutionale...», *op. cit*., p. 101.

[130] Cfr. C. Orunesu, «Conventionality control...», *op. cit*., p. 9.

[131] Cfr. R. Gargarella, «Democracy...», *op. cit*., p. 119.

[132] Cfr. M. Alterio, «El Ius...», *op. cit.*, pp. 15-16.

[133] Cfr. A. Bogdandy; R. Urueña, «International Transformative...», *op. cit*., pp. 436-437.

[134] Por lo menos, Argentina, Costa Rica, Perú y Uruguay. Cfr. J. Tello, *Control de Convencionalidad y Estado...*, *op. cit*., pp. 207-304.

[135] De serlo, el problema permanecería pues la democracia sustantiva seguiría definiéndose por la Corte IDH. Para ésta, la noción final de democracia depende de la protección de los derechos humanos, de la cual es ella el último bastión. De allí la verticalidad. Cfr. N. Torres, «The Image...», *op. cit.*, pp. 499 y 501.

[136] Cfr. S. Bertelsen, «The Margin...», *op. cit*., p. 266; J. Martínez «Auto-restricción...», *op. cit.*, pp. 381-382..

[137] M. Trucco, «El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales», *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, 33, 2012, p. 132.

tanto los procesos políticos locales como la vigencia de los Derechos Humanos[138]. No en vano, una vez más, cinco Estados emitieron en 2019 una Declaración Conjunta requiriendo a la Corte IDH que respete el principio de subsidiariedad y el Derecho Constitucional, el margen de apreciación y un uso estricto de las fuentes del Derecho Internacional Público. Sería altivo y errado[139] desdeñar tales críticas reduciéndolas, como se ha hecho antes[140], a una ignorancia sobre el actual funcionamiento del Derecho Internacional, un desconocimiento sobre el nuevo rol del juez, una no advertencia de la apertura de los sistemas constitucionales, la no protección de las minorías, cuando no, una simple pretensión de debilitar al SIDH[141].

Ahora bien, desde el ICCAL se ha dicho que la deferencia es importante y que los «jueces deben esperar y autorestringirse a la espera de que otros poderes diseñen la política, de salud, de vivienda o de cualquier otra materia»[142]. Pero tal cometido es irrisorio si, paralelamente, se aúpa la expansión jurisprudencial de la Corte IDH en razón del «cambio de paradigma en la jurisprudencia»[143] (profecía autocumplida). Además, esta expansión, sostenida mediante la interpretación evolutiva[144], ha generado graves problemas de interacción no solo con los Estados, sino incluso entre los jueces interamericanos[145], pues socava la legitimidad de la Corte IDH[146]. En *Lhaka Honhat*[147], por ejemplo, la Corte IDH concluyó —citando *soft law* a conveniencia[148] y trastocando las habituales reglas de interpretación de tratados[149]— que el ambiente sano, la alimentación adecuada, el agua y la participación en la vida cultural constituían nuevos derechos autónomos. Todo ello pese a que en la CADH —por buena que fuere la iniciativa— nada se dice al respecto.

---

[138] Cfr. C. Gabriel, «Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, 2016, 2017, p. 377.

[139] Cfr. M. Girardi; B. Nowak, «The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation?», *I·CONnect*, 2019.

[140] Cfr. P. Acosta, «Más allá...», *op. cit*., pp. 261-271.

[141] Cfr. CEJIL, «Embates al Sistema Interamericano de Derechos Humanos vulneran la protección regional de los DD.HH», 2019, fecha de consulta 7 mayo 2021, en *https://bit.ly/3fyfqs1*.

[142] C. Herrera, «La idea...», *op. cit*., p. 1409.

[143] Cfr. E. Ferrer; M. Morales; R. Flores (eds.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, IEC-Querétaro, 2018, p. 15 y ss.

[144] Cfr. J. Contesse, «Human Rights as Transnational Law», *American Journal of International Law (Unbound)*, vol. 116, 2022, p. 317.

[145] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Voto del juez Sierra Porto, párrs. 42-48.

[146] Cfr. J. Contesse, «Human Rights (...)», *op. cit.*, pp. 316-317.

[147] Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrs. 194 y ss.

[148] Cfr. Corte IDH. *Comunidades (...) Lhaka Honhat*, *op. cit.,* voto del juez Sierra Porto, párrs. 3-11.

[149] Cfr. Corte IDH. *Comunidades (...) Lhaka Honhat*, *op. cit.,* voto del juez Vio Grossi, párrs. 4-61.

5. CONCLUSIÓN

El ICCAL, finalmente, es una narrativa particular —en confluencia[150] o competencia[151] con otras—, con sus propios presupuestos teóricos, diagnósticos, soluciones y métodos[152]. Dirán sus creadores, como «ha demostrado el desarrollo europeo después de la Segunda Guerra Mundial, un proyecto de inclusión social puede ser compartido y desarrollado por fuerzas conservadoras, liberales y socialistas. Cierta borrosidad conceptual respecto al ICCAL es por ello una ventaja»[153]. Es decir, la deliberada estrategia de vaguedad conceptual permitiría no solo articular una narrativa universalista de transformación latinoamericana, sino también afirmar que la apuesta conceptual es la más adecuada para afrontar los problemas regionales de desigualdad, pobreza y redistribución[154]. Parece ser, no obstante, que tal propósito ha fracasado. De una parte, porque la ambigüedad adoptada ha sido más bien una desventaja para considerar al ICCAL como una propuesta académica sólida y transparente; y, de otra parte, porque la borrosidad querida no ha impedido que se sepa lo suficiente y necesario para apartarse de dicha teoría. Si en directa alusión al ICCAL, el juez Sierra Porto arguyó que «no puede hacerse derecho transformador en contra vía del Derecho vigente»[155], podríamos añadir que tampoco puede hacerse derecho transformador usurpando al *demos* y a su representación parlamentaria. Más aún si ello desfigura la actividad judicial, desdeñando el contrapoder que está llamado a ser, para convertirse en un nuevo gran poder que, paradójicamente, no tiene contrapoder alguno que equilibre, contrapese, module y controle su actuación, ni en el ámbito interno, ni —menos aún—en el ámbito internacional.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Libros y artículos

Acosta Alvarado, P. A., *Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*, 2014, Universidad Complutense de Madrid.

---

[150] Sobre el Neoconstitucionalismo, cfr.: M. Carbonell, «Nuevos tiempos para el constitucionalismo», en *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, España, 2003, pp. 9-12; para una aproximación crítica, *vid*., I. Villaverde, «El constitucionalismo...», *op. cit*., pp. 529-555.

[151] Sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, *vid.*, R. Viciano; R. Martínez, «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 2011, pp. 1-24; para una aproximación crítica: R. Gargarella, «Sobre el «Nuevo constitucionalismo latinoamericano»», *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, 1, 2018, pp. 109-129.

[152] Cfr. C. Villagrán; F. Fernandes, «A Human...», *op. cit.*, pp. 1613-1616.

[153] A. Bogdandy; E. Ferrer; M. Morales; F. Piovesan; X. Soley, «Ius Constitutionale...», p. 5.

[154] Cfr. C. Villagrán; F. Fernandes, «A Human...», *op. cit*., p. 1616.

[155] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Op. cit.,* voto del juez Sierra, párr. 48.

— *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, 1, Universidad del Externado, 2015.
— «Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno», *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pp. 15-60.
Alterio, A. M., «El Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum y los desafíos de la judicialización de la política», *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las ideas*, vol. 20, 2018, pp. 1-21.
Álvarez, L., «Judicialización de la política y soberanía popular: Sobre el estatuto político de las resoluciones judiciales», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, núm. 108, 2015, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, pp. 95-110.
Arai, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, NY, 2002.
Ayala, C. M., «Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia de Venezuela», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 7, núm. 1, 2009, pp. 391-395.
Bertelsen, S., «The Margin of Appreciation Through the Lens of Subsidiarity», 2014, Notre Dame, Indiana.
Bogdandy, A., «Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014, pp. 3-23.
— «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, p. 3.
— «Ius constitutionale commune en América Latina. Aclaración conceptual.», en Armin Bogdandy, Mariela Morales, Eduardo Ferrer (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, pp. 133-177.
— «The Transformative Mandate of the Inter-American System – Legality and Legitimacy of an Extraordinary Jurisgenerative Process», fecha de consulta 7 de julio de 2023, en *http://bitly.ws/PjEY*.
Bogdandy, A.; Ferrer, E.; Morales, M.; Piovesan, F.; Soley, X., «Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism», *SSRN Electronic Journal*, 2016.
Bogdandy, A.; Urueña, R., «International Transformative Constitutionalism in Latin America», *American Journal of International Law*, vol. 114, núm. 3, 2020, Cambridge University Press, pp. 403-442.
Cançado Trindade, A. A., «Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos», *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección a Los Derechos Humanos. San José: IIDH*, 1998, pp. 573-603.
Carbonell, M., «Nuevos tiempos para el constitucionalismo», en *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, España, 2003, pp. 9-12.
Carozza, P. G.; González, P., «The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 436-442.
Carrillo, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional*, Tecnos, 2001.

Castilla, K., «¿Qué tan común es lo común del *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano?», *Ventana Jurídica*, fecha de consulta 5 de julio de 2023 en *https://bit.ly/41YUgtg*.

Castillo Córdova, L., «La inconvencionalidad de la Corte IDH, otra vez», *La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia*, 2022, fecha de consulta 26 octubre 2022, en *https://bit.ly/3D3USmU*.

Center for Justice and International Law, «Embates al Sistema Interamericano de Derechos Humanos vulneran la protección regional de los DD.HH», *Cejil*, 2019, fecha de consulta 7 mayo 2021, en *https://bit.ly/3fyfqs1*.

Coddou, A., «A critical account of Ius Constitutionale Commune in Latin America: An intellectual map of contemporary Latin American constitutionalism», *Global Constitutionalism*, vol. 11, núm. 1, 2022, Cambridge University Press, pp. 110-138.

Contesse, J., «The final word?: Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights», *International journal of constitutional law*, vol. 15, núm. 2, 2017, Oxford University Press, pp. 414-435.

— «Human Rights as Transnational Law», *American Journal of International Law (Unbound)*, vol. 116, 2022, pp. 313-317.

Contreras Vásquez, P., «Análisis Crítico del Control de Convencionalidad», en Manuel Núñez Poblete (ed.) *La internacionalización del Derecho Público: actas XLII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, pp. 425-469.

Dothan, S., «Judicial Deference Allows European Consensus to Emerge», *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, núm. 2, 2018, fecha de consulta en *https://bit.ly/3gtBrtQ*.

Dulitzky, A., «Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano», *Estudios Especializados en Derechos Humanos*, 1996, pp. 129-166

— «An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights», *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 45.

— «El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?», en Julio Cesar Rivera (ed.), *Tratado de los derechos constitucionales*, vol. 1, Abeledo Perrott Buenos Aires, 2014, pp. 533-569.

Faúndez Ledesma, H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3.ª ed., IIDH, San José, Costa Rica, 2004.

Ferrer, E., «La Corte Interamericana como Tribunal Constitucional», MPIL, Heidelberg - Alemania, 2009.

— «Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en Eduardo Ferrer (ed.), *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, FUNDAp, México, 2012, pp. 107-186.

Ferrer, E.; Morales, M.; Flores, R. (eds.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

Gabriel Maino, C. A., «Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de los procesos democráticos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, núm. 2016, 2017, fecha de consulta 21 mayo 2021, en *https://bit.ly/3fBpXmv*.

García Jaramillo, L., «De la "constitucionalización" a la "convencionalización" del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*», *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016, Universidad Externado de Colombia, pp. 131-166.

Gargarella, R., «Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay», vol. 109, 2015, Cambridge University Press, pp. 115-119.

— «Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano"», *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, núm. 1, 2018, pp. 109-129.

Girardi Fachin, M.; Nowak, B., «The Joint Declaration to the Inter-American System of Human Rights: Backlash or Contestation?», *I·CONnect*, 2019, fecha de consulta 21 mayo 2021, en *https://bit.ly/3uc4RA6*.

Henríquez Viñas, M., «El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 19, 2019, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 327-355.

Herrera, J. C., «La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, núm. 4, 2021, pp. 1385-1416.

Klare, K. E., «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998, pp. 146-188.

Krunke, H., «The Danish Lisbon Judgment», *European Constitutional Law Review*, vol. 10, núm. 3, 2014, T.M.C. Asser Press, pp. 542-570.

Marcheco Acuña, B., «El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional. A propósito de las sentencias sobre matrimonio igualitario en el Ecuador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 185-206.

Martínez De Aguirre, C.; De Pablo, P., *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Rialp, Madrid, 2007.

Martínez Estay, J. I., «Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo», *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 365-396.

Morales, M., «Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014, pp. 265-299.

Nash Rojas, C., «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, fecha de consulta 21 mayo 2021, en *https://bit.ly/3fFV8gr.*

Núñez Poblete, M., «Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos», en Paola Andrea Acosta Alvarado, Manuel Núñez Poblete (eds.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, 1.ª ed., UNAM, IIJ, México, 2012 (Serie Doctrina jurídica), fecha de consulta 3 de julio de 2023, en *https://bit.ly/3zzTiqk.*

Orunesu, C., «Conventionality control and international judicial supremacy: Some reflections on the Inter-American system of human rights», *Revus*, núm. 40, 2020, pp. 45-62.

Rodiles, A., «The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward Ius Commune Americanum?», en Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier, Mila Versteeg (eds.) *Comparative International Law*, OUP, 2018, pp. 501-524.

Rytter, J. E.; Wind, M., «In need of juristocracy? The silence of Denmark in the development of European legal norms», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, núm. 2, 2011, pp. 470-504.

Serna, J., «El concepto del Ius Constitutionale Commune Lationamericano en Derechos Humanos: Elementos para una agenda de investigación.», en *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, México, 2014, pp. 199-217.

Silva, M., «Ius constitutionale commune para América Latina (ICCAL) y activismo judicial: ¿hacia el gobierno de los jueces?», *Prudentia Iuris. 2022, 94*, 2022, pp. 69-108.

Tello Mendoza, J. A., «Derechos humanos, derecho constitucional, derecho internacional: sinergias contemporáneas = Human rights, Constitutional law and internationa law: contemporary sinergies», en Núria Saura-Freixes (ed.), *Derechos humanos, derecho constitucional, derecho internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, pp. 223-262, fecha de consulta 6 febrero 2022, en *https://bit.ly/3slgYMv*

— *Control de Convencionalidad y Estado Constitucional de Derecho: Consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2023.

— «El caso Dobbs: de la Constitución viva a la Democracia Constitucional viva», *Revista de Derecho Político*, núm. 116, 2023, pp. 135-165.

— «El caso *Ugarteche vs. Reniec*: sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo (Tribunal Constitucional peruano)», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, núm. 1, 2022, pp. 193-220.

— *El control de convencionalidad: situación de algunos Estados Americanos*, 2016.

Torres Zúñiga, N., «The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation: A Tool of Self-Validation», *Araucaria*, núm. 46, 2021, pp. 483-504.

— «Critica a la ideología: Corte Interamericana de Derechos Humanos, ius constitutionale commune y poder transformador», *IberICONnect*, fecha de consulta 23 mayo 2023, en *https://t.ly/-EyB*.

Trucco, M. F., «El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales», *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 33, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Rosario, 2012, pp. 121-141.

Viciano Pastor, R.; Martínez Dalmau, R., «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal», *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, Iustel, 2011, pp. 1-24.

Villagrán Sandoval, C. A.; Fernandes Carvalho Veçoso, F., «A Human Rights' Tale of Competing Narratives», *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, pp. 1603-1651.

Villaverde Menéndez, I., «El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo xxi», *Revista da AJURIS*, vol. 45, núm. 144, 2018, pp. 529-556.
Vio Grossi, E., «El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, núm. 2018, 2019.
Zúñiga Urbina, F., «Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica», en Humberto Nogueira Alcalá (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago, Chile, 2012, pp. 387-448.

6.2. Resoluciones judiciales

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia núm. 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019.
Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Óscar Ugarteche*. Sentencia de 3 de noviembre de 2020. EXP. núm. 01739-2018-PA/TC
Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 7774-2019. Sentencia de 25 de junio de 2020.
Pleno. Advertencia de Inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de febrero de 2023.
Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984.
Corte IDH. Caso *Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Voto del juez García-Sayán
Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Voto del juez Sierra Porto.
Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.* Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.
STEDH (3.ª sección). Caso *Glukhin v. Rusia*, de 4 de julio de 2023.