La Constitución como forma de la democracia

LIBRO HOMENAJE A PALOMA BIGLINO

Manuel Aragón Reyes, Juan María Bilbao Ubillos, Francisco Javier Matia Portilla, Fernando Rey Martínez y Juan José Solozabal Echavarria (coord.)

|C|E|P|C|

LA CONSTITUCIÓN COMO FORMA DE LA DEMOCRACIA

LIBRO HOMENAJE A PALOMA BIGLINO

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

consejo editorial

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Carlos Closa Montero
Elías Díaz
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Rosario García Mahamut
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Encarnación Lemús López
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Mayte Salvador Crespo
Mónica Sánchez Redonet
Antonio Torres del Moral

LA CONSTITUCIÓN COMO FORMA DE LA DEMOCRACIA

LIBRO HOMENAJE A PALOMA BIGLINO

Manuel Aragón Reyes
Juan María Bilbao Ubillos
Francisco Javier Matia Portilla
Fernando Rey Martínez
Juan José Solozabal Echavarria
(coord.)

Catálogo general de publicaciones oficiales
https://cpage.mpr.gob.es

Queda rigurosamente prohibida, 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, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2024:

Ilustración de cubierta: Grabado *Lux ex tenebris*, de Francisco de Goya y Lucientes. Museo Nacional del Prado.

© Manuel Aragón Reyes, Juan María Bilbao Ubillos, Francisco Javier Matia Portilla, Fernando Rey Martínez, Juan José Solozabal Echavarria (coord.)

© Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
http://www.cepc.gob.es
X: @cepcgob
Facebook: CentrodeEstudiosPoliticosyConstitucionales
Instagram: centro_estudios_pol_y_const

NIPO CEPC EN PAPEL: 145-24-073-0
NIPO CEPC PDF: 145-24-074-6

ISBN CEPC EN PAPEL: 978-84-259-2073-8
ISBN CEPC PDF: 978-84-259-2072-1

Depósito legal: M-28205-2024

Realización: MyP
C/ Francisco Huesca, 17, 1.º
28017 Madrid (Madrid)

Impreso en España — *Printed in Spain*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 13

PARTE I
ESTUDIOS SOBRE LA PROFESORA PALOMA BIGLINO

1 Paloma Biglino y el Derecho Constitucional en Valladolid 17
Edmundo Matia Portilla

2 Paloma Biglino Campos, jurista, académica y constitucionalista. La vida como una forma de arquitectura 21
Francisco Balaguer Callejón

PARTE II
ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN

3 La Constitución precautoria y sus implícitos 27
Francisco Caamaño

4 Pueblo y Estado constitucional: sobre la urgencia de primar lo que une sobre lo que separa 49
Ángel J. Gómez Montoro

5 Sobre la condición unitaria del titular de la soberanía 61
Ignacio González García

6 La Constitución económica intervencionista 75
José Luis García Guerrero

7 Propedéutica para el estudio de los partidos políticos 93
Ricardo Chueca Rodríguez

8 Democracia, igualdad y oligarquía digital 111
Óscar Sánchez Muñoz

9 La semilla cayó en el surco. La Segunda República en el marco de continuidad del desarrollo del constitucionalismo democrático y social 127
Gregorio Cámara Villar

PARTE III
ESTUDIOS SOBRE EL PARLAMENTO Y LA DIVISIÓN DE PODERES

10 Del parlamentarismo racionalizado al parlamentarismo de oposición 147
José Tudela Aranda

11 Problemas derivados de la ausencia de un canon que permita distinguir, *prima facie*, las facultades parlamentarias que pertenecen al núcleo de la función representativa 165
Mª del Camino Vidal Fueyo

12 El procedimiento de urgencia en el senado: de técnica a disposición del gobierno a arma arrojadiza de la oposición (a propósito de su reforma en el reglamento del senado) 183
Yolanda Gómez Lugo

13 Relación de confianza Gobierno - Parlamento: ¿necesidad de reformas en el Título V de la Constitución Española 201
Isabel M. Giménez Sánchez

14 Algunas reflexiones sobre el sistema de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial: estándares europeos, bloqueo en su renovación y medidas de desbloqueo 215
Luis E. Delgado del Rincón

15 Reflexiones sobre la fiscalización externa de las cuentas públicas 235
Juan Fernando Durán Alba

PARTE IV
ESTUDIOS SOBRE LA LEY Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

16 La inconstitucionalidad de las disposiciones legales por conexión o consecuencia 249
Carlos Ortega Santiago

17 La pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de inconstitucionalidad por razones no competenciales: su azarosa relevancia constitucional 267
Ana Ruiz Legazpi

18 Reserva legal en el Estado constitucional y primacía de la ley: de la democracia fundamentalista al fundamentalismo democrático 285
Kamel Cazor Aliste

PARTE V
ESTUDIOS SOBRE LA AMNISTÍA

19 El debate constitucional sobre la amnistía 303
Manuel Aragón Reyes

20 La amnistía en Alemania: leyes de impunidad y jurisprudencia constitucional 327
Fernando Simón Yarza

21 Lenguaje y semántica de la amnistía en la Grecia clásica 343
Josu de Miguel Bárcena

PARTE VI
ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

22 Sobre personas y derechos 359
Ascensión Elvira Perales

23 Igualdad de género y Fuerzas Armadas: misión aún no cumplida 371
Fernando Rey Martínez

24 Mujeres y Resistencia(s). Las cartas de las condenadas a muerte de la Resistencia y la (difícil) construcción de un pluriverso interseccional 385
Lucio Pegoraro

25 ¿La rememorialización como antídoto contra la desposesión? El cuerpo de la mujer como lugar de memoria 407
Anna Mastromarino

26 La apología del franquismo en la Ley 20/2022 de memoria democrática. ¿Tiene sentido sancionar el enaltecimiento del régimen franquista? 423
Juan María Bilbao Ubillos

27 A vueltas con la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas 443
Francisco Javier Matia Portilla

28 El papel de las plataformas en el Reglamento Europeo de Servicios Digitales (DSA) y su incidencia en el ejercicio de las libertades de expresión e información 459
Mª Aránzazu Moretón Toquero

29 Sistema europeo común de asilo y solidaridad en el reglamento sobre la gestión del asilo y la migración 479
María Luz Martínez Alarcón

PARTE VII
ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO AUTONÓMICO

La cuestión catalana desde el punto de vista constitucional 499
Juan José Solozabal Echavarria

La relación entre democracia y descentralización territorial del poder: el caso del ¿federalismo? español 509
Andrés Iván Dueñas Castrillo

El reconocimiento mutuo como principio constitucional recogido en el artículo 139.2 de la Constitución 527
Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

¿Pagar para que se queden? Acotaciones, esencialmente constitucionales, sobre el cupo 543
César Aguado Renedo

Función jurídico-consultiva y consejo consultivo de Castilla y León 561
Agustín S. de Vega

PARTE VIII
ESTUDIOS SOBRE EUROPA E IBEROAMÉRICA

35 Federalismo y reparto competencial en la Unión Europea 579
Javier Tajadura Tejada

36 El Derecho de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional: ¿A qué «Carta» quedarse? 595
Antonio López Castillo

37 Estado de derecho y condicionalidad de fondos europeos 605
Alberto Macho Carro

38 La aportación de la Comisión de Venecia al constitucionalismo latinoamericano 621
Josep Maria Castellà Andreu

39 Sobre los vicios en el procedimiento legislativo y otros tópicos parlamentarios 639
Cecilia Mora Donatto

40 La independencia judicial en América Latina: un análisis desde el sistema interamericano de derechos humanos 651
Paula Robledo Silva

41 El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos y la definición de servidor público en la experiencia peruana 665
Janeyri Boyer Carrera

Apéndice. *Curriculum vitae* de Paloma Biglino Campos 681

PRESENTACIÓN

La presente obra, formalizada como un libro-homenaje a Paloma Biglino con ocasión de su jubilación administrativa como catedrática de Derecho Constitucional, viene a expresar algo más permanente y menos circunstancial: la amistad que todos sus autores, y otros que no han podido finalmente participar en el mismo, mantenemos con ella. Una amistad que encierra también una profunda admiración por el rigor académico y la excelencia investigadora que Paloma ha demostrado a lo largo de su trayectoria.

No es preciso aquí detallar esa trayectoria, en el ámbito docente, tan vinculado a la Universidad de Valladolid; en el ejercicio de cargos públicos en instituciones importantes, como el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cuya dirección ostentó, el Consejo de Estado, la Junta Electoral Central y la Comisión de Venecia, entre otras; o en el ámbito de la investigación, reflejada en un buen número de monografías y artículos en libros colectivos y revistas especializadas, que hoy son un referente de obligatoria consulta en el campo del Derecho Constitucional. Nos basta con remitimos a las dos semblanzas (las de Edmundo Matia y Francisco Balaguer) que encabezan los trabajos que, a continuación, se contienen en este libro-homenaje, así como también al currículum de la profesora Biglino que lo cierra.

Pero sí queremos dejar constancia de algunos de los rasgos principales que singularizan esa larga y fecunda trayectoria. Primero, su especial dedicación a los jóvenes profesores que, en torno a ella, han ido formando un grupo de excelencia académica en la Universidad de Valladolid. Segundo, la riqueza de su producción intelectual, pues ha tocado, con maestría, puntos esenciales del sistema de fuentes del Derecho, del Derecho parlamentario, del Derecho autonómico, del Derecho de la Unión Europea, de la representación política y de los derechos fundamentales. Tercero, su papel esencial en la construcción de una importante escuela académica, iniciada bajo la dirección del pro-

fesor Rubio Llorente y continuada hasta hoy bajo el impulso de sus más inmediatos discípulos, una escuela en la que, el «grupo de Valladolid» ha sido, y sigue siendo, uno de sus principales soportes. Por último, su gran capacidad para organizar equipos de investigación, abiertos siempre a la colaboración de profesores de distintas universidades y escuelas, contagiándoles su entusiasmo por el trabajo, su inquebrantable defensa de los valores constitucionales y su exigencia por el rigor. Se merecía, sin duda, este libro-homenaje que es, sobre todo, una muestra de agradecimiento por lo mucho que de ella hemos recibido.

Los coordinadores del libro queremos dejar constancia de otros agradecimientos, ahora a todos los autores que han participado en esta obra, así como a otros colegas que también querían colaborar en ella, y así nos lo comunicaron, pero que no han podido hacerlo por razones ajenas a su voluntad. Un agradecimiento que extendemos, de manera muy especial, al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tan vinculado a Paloma, y que ha querido editar el libro, a su directora, Rosario García Mahamut y a su subdirector de Publicaciones, Emilio Pajares Montolio.

Estamos seguros de que este libro le servirá de acicate a la profesora Biglino para continuar la espléndida labor docente e investigadora que ha venido desempeñando, ahora ya en su condición de Catedrática emérita de Derecho Constitucional de su Universidad de Valladolid. Una condición que no lleva aneja remuneración alguna, así son las cosas en la universidad española, pero ello no impedirá el mantenimiento de su vocación y compromiso con la labor a la que siempre, y de manera excelente, se ha dedicado: el cultivo y promoción del Derecho Constitucional. Porque seguimos necesitados de su magisterio, le animamos a que lo siga ejerciendo.

Terminamos esta presentación de una manera coloquial, pero muy sentida. Paloma: tus colegas, tus amigos, tus discípulos, la escuela, nuestro seminario mensual, nuestra reunión anual en Sedano, siempre te estaremos esperando. Y que sea por muchos años.

Manuel Aragón Reyes
Juan María Bilbao Ubillos
Francisco Javier Matia Portilla
Fernando Rey Martínez
Juan José Solozabal Echavarria

PARTE I

ESTUDIOS SOBRE LA PROFESORA PALOMA BIGLINO

CAPÍTULO 1
PALOMA BIGLINO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN VALLADOLID

Edmundo Matia Portilla
Letrado. Cortes de Castilla y León

Permítanme iniciar estas líneas señalando, sin pretensión alguna de objetividad, que el Departamento de Derecho Constitucional es uno de los mejores Departamentos de la Facultad de Derecho de Valladolid. Permítanme añadir a continuación que tal cosa no sería posible sin Paloma Biglino Campos.

Dejar constancia de este hecho es el propósito de esta modesta contribución al merecido homenaje que con este libro se le brinda. Y es la única aportación para la que estoy más cualificado que el resto de mis compañeros del Área por la única razón de que yo estaba ahí y he sido testigo privilegiado del largo camino recorrido hasta llegar a convertir a Valladolid en una referencia respetada por cuantos se dedican en nuestro país al estudio de nuestra Constitución.

Conocí a Paloma allá por 1977, cuando tímidamente me acerqué al despacho de D. Pablo Lucas Verdú, a la sazón catedrático de la asignatura, para plantearle mi propósito de solicitar una beca de investigación. Se trataba de una beca de un año, prorrogable por otro más, que tenía la curiosa particularidad de que se concedían con carácter retroactivo seis meses después de que se iniciara el periodo para su disfrute. Sin saber si finalmente obtendría la beca, me pareció correcto empezar a acudir al Departamento todos los días a partir del inicio del referido periodo. Y allí me encontré a Paloma, recién llegada desde Madrid, donde se había licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad Complutense. Aunque en su condición de profesora ayudante ocupaba una posición superior a la que correspondía a mi situación de aspirante a becario, compartíamos una misma edad y el hecho de ser los últimos en incorporarnos al área propició el surgimiento de una complicidad que en poco tiempo dio paso a una amistad que ha sobrevivido hasta hoy.

D. Pablo Lucas Verdú sólo estuvo con nosotros ese curso académico. Al año siguiente se trasladó a la Universidad Complutense de Madrid. Le sucedió en la Cátedra D. Antonio López Pina, que la ocupó tres años, aunque el último de ellos en excedencia. En ese momento el Departamento quedó en manos de cuatro profesores no numerarios y únicamente uno de ellos, Paloma, se dedicaba exclusivamente a la Universidad. El acceso a la cátedra de D. Manuel Aragón Reyes, que acabó siendo absolutamente decisivo para el futuro de nuestro Departamento, no varió inicialmente la difícil situación por la que atravesaba nuestra asignatura. En aquellos momentos, el profesor Aragón ejercía de director en funciones del Centro de Estudios Constitucionales, lo que retrasó su incorporación efectiva a la Facultad de Derecho de Valladolid. Con el ascenso de D. Virgilio Peña al Consejo Supremo de Justicia Militar, el Departamento de Derecho Constitucional llegó a contar con sólo tres miembros. Eran tiempos en que no existía *númerus clausus* y no se habían creado las Universidades de León y Burgos. Los alumnos matriculados en las asignaturas de Derecho Constitucional de primero y de segundo superaban los 1.500 alumnos.

Félix Calvo Casasola tuvo la generosidad de ocuparse en solitario de la asignatura de segundo curso. Paloma y quien esto escribe nos repartíamos las clases de primero. Para que Paloma pudiera proseguir con la elaboración de su tesis, cada uno se hacía cargo de un cuatrimestre en el que impartíamos tres días a la semana tres clases seguidas a los tres grupos en que se encontraban divididos los alumnos de primero. Las clases eran por la tarde y en la Facultad de Ciencias, pues la de Derecho no disponía de aulas suficientemente grandes para albergar tal número de alumnos.

Como fácilmente puede imaginarse, esta situación de orfandad, el hecho de no contar con ningún profesor numerario, nos hacía tener muy poco peso en la Junta de Facultad que, en aquellos tiempos, era el órgano fundamental de gobierno en el que se decidían todas las cosas importantes. No faltaron tampoco en esta época los intentos de otros Departamentos de la Facultad, conscientes de nuestra fragilidad y sin duda guiados por el bienintencionado propósito de echarnos una mano, de ejercer una suerte de tutela sobre nuestra disciplina. Es en esos complicados momentos cuando Paloma se echó sobre sus hombros el Departamento. Con las ideas claras, con tenacidad, también con habilidad, y mostrando firmeza cuando era necesario, defendió la autonomía del Departamento, supo coordinar a quienes formábamos parte del mismo para atender adecuadamente las obligaciones docentes que nos correspondían y se ganó el respeto de la Facultad. Y no sólo eso. Con el excelente olfato que siempre le ha caracterizado para detectar el talento y unas dotes de persuasión más que notables, consiguió convencer a unos brillantes jóvenes recién licenciados de que cometieran la locura de encaminar sus pasos hacia la docencia universitaria y que lo hicieran precisamente en un Departamento tan precario como el nuestro. Hoy Juan María, Fernando y Javier comparten con Paloma la condición de catedráticos de Derecho Constitucional en Valladolid.

Con la incorporación de Manuel Aragón, las condiciones en nuestra área de conocimiento de Derecho Constitucional cambiaron radicalmente. Desde el primer momento decidió adoptarnos como sus discípulos, iniciando un magisterio que felizmente se ha venido prolongando hasta nuestros días. De él hemos aprendido, y seguimos aprendiendo, no sólo la ciencia del derecho constitucional sino sobre todo un modo de entender la Universidad como un servicio a la sociedad y una aportación a su futuro y un ejemplo de honestidad e integridad intelectual y personal. Gracias a él salimos del aislamiento en el que hasta entonces habíamos vivido. A través de él tuvimos acceso a lo mejor de la doctrina constitucional española. Así, tuvimos ocasión de frecuentar a maestros de la talla de Francisco Rubio Llorente o Juan José Solozabal y a otros muchos excelentes cultivadores de nuestra disciplina, de los que aprendimos muchas cosas y con los que hemos podido forjar con el tiempo lazos de amistad y afecto.

Desde el principio, el profesor Aragón supo que, en su empeño por hacer crecer la ciencia del Derecho Constitucional en Valladolid, Paloma, por su carácter, sus cualidades y su inquebrantable compromiso con nuestra Facultad, iba a ser su mayor y mejor cómplice. Y lo siguió siendo cuando en 1987 Manuel Aragón se traslada a la Universidad Autónoma de Madrid. Y continuó siendo ese pilar fundamental del Departamento colaborando estrechamente con los catedráticos que le sucedieron, D. Luis Aguiar de Luque y D. Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, excelentes personas y mejores constitucionalistas, que enriquecieron nuestro Departamento con su conocimiento y la impronta de sus personalidades. Y finalmente, en 1992, Paloma accedió a la catedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Valladolid, culminando así su brillante carrera académica. Con su acceso a esa condición, nuestro Departamento adquirió su mayoría de edad y aseguró su estabilidad definitiva.

¿Y cuál es el fruto final de tantos desvelos? Pues Juan María, César y Marian, Fernando, Alfredo, Javier, Juan y Ana, Luis y Camino, Óscar y Carlos, Arancha y, en épocas más recientes, Andrés y Alberto. Una pléyade de excelentes constitucionalistas que se ha expandido a otras Universidades, pero que forjaron su vocación e iniciaron su carrera académica en el Departamento de Derecho Constitucional de Valladolid, vocación y carrera en los que Paloma ejerció una influencia decisiva.

Y cuanto acabamos de exponer nos lleva al propósito inicial que ha guiado la redacción de estas páginas y que no es otro que el de señalar que la construcción de nuestro Departamento, la implantación del cultivo de la ciencia del derecho constitucional en Valladolid es la gran obra y el legado permanente de la perseverancia y el quehacer incansable de Paloma Biglino.

Hemos obviado intencionadamente toda alusión a la dimensión científica e investigadora de Paloma. He sido testigo privilegiado de la gestación de la mayor parte de su obra científica, que admiro profundamente, pero cuya exégesis debe recaer en voces más autorizadas que la mía.

Lo que hemos querido poner de relieve aquí, por una elemental cuestión de justicia, es la deuda impagable que la Universidad de Valladolid, y, más en concreto, su Facultad de Derecho, ha adquirido con Paloma Biglino Campos. La misma que tenemos contraída todos aquellos que durante tantos años nos hemos beneficiado de su magisterio y de su amistad. Sirvan estas modestas palabras como un primer plazo del pago de la parte que a nosotros nos toca.

CAPÍTULO 2
PALOMA BIGLINO CAMPOS, JURISTA, ACADÉMICA Y CONSTITUCIONALISTA. LA VIDA COMO UNA FORMA DE ARQUITECTURA

Francisco Balaguer Callejón
(Universidad de Granada)
Catedrático de Derecho Constitucional

Aunque seguramente se podrían añadir otras muchas dimensiones relevantes para caracterizar la proyección de Paloma Biglino en los muy diversos ámbitos de su trayectoria profesional, creo que una síntesis es posible en torno a la jurídica, la académica y la constitucional. No se trata, obviamente, de compartimentos estancos, sino de rasgos que definen una relación fluida entre ellos y que se integran en diversa medida en su obra científica, así como en los importantes puestos que ha ocupado y en la formación de una Escuela, la de Valladolid, reconocida como una referencia esencial en el Derecho constitucional y Europeo.

La dimensión jurídica podría extrañar en cuanto podría considerarse incorporada a su vertiente de constitucionalista. Sin embargo, no es fácil encontrar en el elenco de las personas que trabajan en el Derecho Constitucional español a alguien que manifieste una formación jurídica tan completa, evidenciada en sus trabajos y también en los muchos debates en los que ha participado en seminarios o congresos. Esa inspiración última de raigambre jurídica quizás provenga en parte de sus maestros, Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón, o quizás de su entorno más cercano, del excelente magistrado que es Moncho y que también ha participado en muchos de esos debates aportando siempre planteamientos interesantes.

Hay muchas maneras de ser constitucionalista y la de Paloma Biglino ha estado unida siempre a la construcción dogmática, a la vocación por resolver problemas (a veces, problemas con un claro origen político) por medio del Derecho. Es lo que ha hecho en su obra científica y también en las posiciones (siempre vinculadas al ámbito jurídico o académico) que ha ido ocupando en varias décadas de experiencia profesional. Pero la idea de «construcción» no se aplica en ella solamente al Derecho. En efecto, comenzando por su Departamento o por su Facultad y siguiendo por organismos tan complejos

de dirigir como el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ha procurado siempre aportar ideas y desarrollos que plasman una huella, un testimonio que supera la mera gestión, por positiva que esta pueda ser.

La relación de posiciones que ha ocupado es realmente abrumadora. No es posible mencionarlas todas, pero sí las más significativas: Directora de Departamento, Directora del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Decana de la Facultad, integrante de la Comisión Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales para la acreditación de Catedráticos de Universidad y Directora de la Revista General de Derecho Constitucional, entre otras ocupaciones académicas relevantes. Igualmente, Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, integrante de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, Consejera de Estado y Vocal de la Junta Electoral Central.

Todavía más sorprendente resulta su capacidad para hacer compatible la dedicación que estos puestos suponen con la actividad científica que se manifiesta en un gran número de obras, muchas de las cuales han contribuido a formar la doctrina sobre sus temáticas de estudio. Especialmente porque no se ha limitado al cultivo monográfico de una o varias materias, sino que ha afrontado una amplia diversidad de ellas, en muchos casos de acuerdo con lo que la disciplina requería en un momento concreto. Es difícil encontrar un ámbito relevante del Derecho constitucional o europeo en el que no haya realizado alguna aportación significativa.

Desde las fuentes del Derecho, donde destacan sus trabajos sobre los vicios en el procedimiento legislativo, la publicación de la ley o la primacía del derecho europeo, entre otros. El Estado autonómico, con sus textos sobre el federalismo de integración y el federalismo de devolución, sobre los Estatutos de autonomía, la distribución de competencias (incluyendo el más reciente sobre el impacto del Covid en la distribución de competencias) o la cláusula de supletoriedad. El Derecho parlamentario, con textos sobre los actos parlamentarios, la iniciativa legislativa popular, las facultades de los parlamentarios, o el control parlamentario. Los partidos políticos y el derecho electoral (con la dirección, junto al Profesor Rubio Llorente, del libro sobre la reforma electoral que serviría de base al informe posterior del Consejo de Estado). El Derecho europeo, por referencia a los derechos fundamentales, a la ciudadanía europea o a la legitimidad democrática en la Unión Europea. El poder judicial, con aportaciones sobre la independencia del poder judicial o los procedimientos de elección de los Consejos Judiciales. El derecho comparado, con estudios sobre diversos países. La relación podría seguir: Estado social, principios rectores, Tribunal de Cuentas y otras muchas cuestiones.

Es difícil resumir una vida dedicada a la Universidad, al Derecho, a la construcción de nuestro sistema constitucional en puestos relevantes y a la generación de una Escuela de constitucionalistas que requiere también mucha dedicación y esfuerzo. Los datos no bastan para sintetizar lo que hay detrás de ellos, lo que todo eso significa. Desde mi

perspectiva, Paloma Biglino ha intentado siempre afrontar su trabajo en sus distintos ámbitos, como si la vida fuera una forma de arquitectura: construir, generar cosas positivas tanto en la reflexión científica cuanto en su actividad como directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales o en los otros cargos que ha desempeñado. Convertir en fácil lo difícil, no complicar las cosas sino facilitarlas, aplicar un espíritu práctico a la solución de los problemas, sean estos jurídicos o de otra naturaleza. Esa forma de ser y de estar en los sitios le ha generado el reconocimiento y el afecto de juristas de dentro y de fuera de España.

En estos meses estamos viviendo una situación insólita en las universidades españolas que afecta también a juristas y constitucionalistas. Personas que están en el mejor momento para la producción científica y para la generación de conocimiento pasan a una situación administrativa en la que se desvinculan, cuando menos, de la docencia universitaria y quizás también de las estructuras que en mayor o menor medida habían sostenido sus investigaciones. Personalmente, observo con melancolía esta situación porque afecta a personas con las que he colaborado académicamente y seguiré colaborando en el futuro, como Paloma Biglino. En el caso del Derecho constitucional no puede dejar de resaltarse la contribución que estas personas han realizado a la construcción de nuestro régimen constitucional, a veces con una formación académica previa que se produjo en los tiempos en que todavía no existía una constitución democrática en nuestro país.

Hay que agradecer a Paloma Biglino el esfuerzo que ha hecho por la construcción doctrinal de nuestro sistema constitucional y también la prudencia, la serenidad y el equilibrio con el que ha sabido desarrollar las funciones que le correspondían en los importantes puestos que ha desempeñado. Con la cantidad de discípulos y amigos que seguirán contando con ella en el futuro, su nueva condición administrativa no tendrá ninguna incidencia. Para quien ha sabido concebir la vida como una forma de arquitectura y ha construido sobre cimientos sólidos, siempre existirá el reto de abrir nuevos espacios como jurista, como académica y como constitucionalista.

PARTE II
ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO 3
LA CONSTITUCIÓN PRECAUTORIA Y SUS IMPLÍCITOS

Francisco Caamaño
(Universidad de A Coruña)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Neutralidad y constitución

Existen interpretaciones de la constitución que se autodefinen como neutrales. También puede hablarse de la neutralidad como principio constitucional y explorar sus múltiples proyecciones[1]. Pero difícilmente puede sostenerse, aunque tan solo sea como test de contraste para el análisis teórico, que existe o puede existir una constitución neutral, entendida como mero procedimiento para la formación competitiva de mayorías políticas, a no ser que mediante esa noción nos estemos refiriendo a una constitución liberal que está siendo «liberalmente» interpretada, en cuyo caso, el adjetivo poco o nada aporta.

Me explico. La constitución del constitucionalismo es la plasmación normativa de una concreta ideología política y cultural. Una forma particular de entender al individuo y la sociedad y de articular las relaciones de poder con fundamento en un compromiso —ni fácil, ni siempre coherente— entre las ideas de democracia y Estado de Derecho. Puesto que la democracia no es una forma neutral de ejercicio del poder, ni tampoco el Estado de Derecho una forma inocua de organizarlo, la constitución difícilmente puede serlo. La constitución del constitucionalismo es una apuesta decidida por convivir en libertad, concebida ésta al modo en que lo hace el liberalismo político, es decir, como «libertad de los modernos[2]». Por tanto, la constitución, lejos de ser una fórmula jurídica neutra —si es que tal cosa existe—, es la respuesta ofrecida desde el

[1] *Vid*. el clásico trabajo de Herbert Wechsler, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 73, núm. 1, 1959, pp. 1-35 y, entre nosotros, De Miguel Bárcena, J., «Neutralidad y Derecho Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional,* 49, 2022, pp. 239-267.

[2] Constant, Benjamín, *La libertad de los modernos*, Alianza Editorial, Madrid, 2019.

Derecho para organizar política y jurídicamente una comunidad que, en un determinado momento de la Historia, comparte mayoritariamente una misma cultura de la libertad.

La democracia liberal es el nervio de la constitución sobre el que se producen múltiples ramificaciones derivadas de su proceso de realización histórica y sus distintos contextos evolutivos.

La movilización social que la reclama la nutre de identidad, suministrado nuevas aportaciones ideológicas. La experiencia de constitución no es universal y se siente y construye a partir de concretas circunstancias y necesidades. Para los norteamericanos constitución significa también federalismo y republicanismo, mientras que en el Reino Unido la democracia liberal convive con la parlamentarización del viejo principio monárquico y una alianza interna entre pueblos. Allí la Corona es constitución. En las democracias europeas de posguerra el estado del bienestar ha recortado las aristas menos sociales del liberalismo económico y las constituciones han hecho suyas las nuevas premisas del Estado social. La identidad de cada constitución tampoco es neutra y obedece a demandas concretas.

Por último, las tradiciones políticas, jurídicas, religiosas y culturales, la geografía y las relaciones internacionales, conforman otro conjunto de elementos que también se funden de manera desigual en la idea de constitución. El salto de la constitución del constitucionalismo a la realidad específica de cada constitución genera una identidad normativa adicional, con igual vocación transformadora, hasta el punto de poder decirse que, a salvo la teoría política, fueron las concretas constituciones las que hicieron nacer el «constitucionalismo», y no a la inversa.

No existe una constitución material con valor de categoría universal[3]. Existen, eso sí, rasgos identificadores de la constitución del constitucionalismo, pero el debate acerca del contenido necesario de una constitución depende de la experiencia de constitución de cada democracia[4]. Estimo necesario precisar que cuando utilizo la expresión constitución material no me estoy refiriendo al fundamento político-organizativo que hace posible que pueda «subsistir el orden en el que el Estado mismo se concreta[5]» suministrando la validez de la constitución formal[6], unificando el sistema jurídico[7] y, fi-

[3] Una conclusión similar, aunque basada en argumentos jurídicos muy distintos y referida a la Constitución española de 1978 es la que nos ofrece Benito Aláez Corral, con fundamento en la naturaleza autorreferencial de la constitución como norma superior del sistema jurídico, en *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000.

[4] *Vid*., entre nosotros a Francisco Balaguer Callejón, quién estima que también pueden existir límites implícitos derivados de los procesos de interacción constitucional en los ámbitos europeo, estatal y autonómico. Procesos que pueden estar generando una redefinición de los límites de la reforma, *Fuentes del Derecho*, CEPC, Madrid, 2022, pp. 331 y 332.

[5] Mortati, Carlo, *La constitución en sentido material*, CEPC, Madrid, 2000, p. 65.

[6] *Op. supra cit*., p. 137.

[7] *Op. supra cit*. pp. 150-151.

nalmente, dotándolo de estabilidad[8]. En suma, una constitución que fundamenta a la constitución en sentido formal y que no debe confundirse con el poder constituyente[9].

Tampoco pretendo reabrir el debatido dilema acerca de la relación de sujeción entre constitución y Estado y su esquema de prioridades[10]. Antes bien, mediante la expresión constitución material solo invoco su acepción más cotidiana, a saber: aquella que comprende los contenidos sustantivos de la constitución que se consideran parte inherente de su configuración, en tanto que concepto jurídico diferenciado. Y, como ya he dicho, no creo que la constitución material sea una abstracción extrapolable e independiente de la realidad política y hasta sentimental de cada constitución. Cada experiencia de constitución aporta valores, principios y estructuras de pensamiento que son inexcusables para la comprensión que se forja del concepto, según los anhelos de cada comunidad política.

Sin embargo, es perfectamente viable identificar rasgos comunes que permiten el reconocimiento de una constitución como realización normativa del constitucionalismo. Ello es posible porque la constitución del constitucionalismo es un arreglo beligerante con otras formas alternativas de organizar la comunidad y, por tanto, una ideología en acción.

Lo son sus fundamentos demoliberales, (democracia, derechos y libertades, división de poderes) pero también aquellos otros adheridos en su proceso deliberativo y de gestación. Su estabilidad y permanencia dependen de su fortaleza social para reeditarlos en el día a día. Y es, precisamente, la experiencia de la constitución vivida (*living constitution*)[11], la que mueve al cambio. Nos acostumbramos a la constitución porque esperamos que la constitución se acostumbre a nosotros. Por eso, las cláusulas de intangibilidad resultan constitucionalmente tan inquietantes, como, en general, lo son todas las inseguridades que nacen de la desconfianza acerca de aquello que se dice ser.

No hay constituciones neutrales, pero sí interpretaciones de la constitución dirigidas a que el principio democrático de la mayoría no vacíe las garantías derivadas del Estado de Derecho. En este sentido, se habla de constitución neutral como contrapunto a aquellas otras interpretaciones de la constitución que consienten la existencia de democracias iliberales. Pueden encontrarse otros usos posibles del concepto, pero en casi

---

[8] *Op. supra cit.*, pp. 199-200.

[9] «Mas bien debe considerarse que la constitución originaria permanezca como una constitución, que se podría llamar a la segunda potencia al lado de la constitución formal, que deriva de la primera (...). El poder que surge de esta constitución originaria no se identifica con el poder constituyente y, por lo tanto, no se absorbe en él», op. supra cit., p. 132.

[10] Un excelente estudio de esta cuestión puede verse en Gomes Canotilho, José Joaquim, *«Brancosos» e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 167 y ss.

[11] Ackerman, Bruce, «The Living Constitution», *Harvard Law Review*, 120, 7, 2007, pp. 1738-1793. Para el autor la Constitución es «una maquina cambiante», que existe en la medida en que se estructura con las contribuciones de la historia que le otorgan sentido y, además, influyen en su contenido.

todos ellos, la apelación a la constitución neutral es un argumento mediante el que explicar una abstención normativa o hermenéutica que, sin embargo, resulta clave para alterar el *status quo* constitucionalmente establecido.

Para defender la razonabilidad de una interpretación constitucional es inevitable fundarla en su objetividad con el fin de alejarla de cualquier interés ideológico, económico o de parte. Por tanto, puede decirse que existen tantas «constituciones neutrales» como «constituciones razonables» o, si se prefiere, que toda interpretación razonable de la constitución tiende a identificarse con una interpretación neutral. Hay tantas interpretaciones razonables como intérpretes razonables, de lo que resulta que, excluyendo las posiciones arbitrarias e irracionales, la razonabilidad y la neutralidad, son estándares que, en el ámbito del Derecho, acaban en manos de la mayoría.

Esta apretada y particular crítica sobre la noción de constitución neutral encuentra su razón de ser en un interesantísimo artículo de la profesora Biglino titulado «La indefensión de la constitución neutral», publicado en el año 2023[12], en el que se analizan los pros y contras de las cláusulas de intangibilidad y la posibilidad de su inferencia tácita allí, donde, como en España, en principio, no existen. Adelanto que comparto la gran mayoría de sus conclusiones, si bien discrepo en relación con los dos conceptos que condensan orientativamente su indagación: la constitución neutral y la idea de que una constitución sin cláusulas de intangibilidad (expresas o no) es una constitución indefensa.

En relación con el primero de los apuntados aspectos, mi discrepancia radica no solo en la dificultad personal de asumir como válido el argumento de la neutralidad hermenéutica en una sociedad plural y, por democrática, abierta permanentemente al conflicto, aun cuando esa conflictividad se racionalice y contenga a través de valores, instituciones y procedimientos compartidos. Soy consciente de que esta perspectiva, resulta en exceso subjetiva, pues es obvio que el concepto de constitución neutral, utilizado y aplicado por importantes sectores de la dotrina, no debe ser víctima de mis perjuicios. Si cuestiono la idea de constitución neutral es porque me parece un punto de partida válido pero insuficiente para abordar la cuestión de la reforma constitucional y sus límites materiales.

La constitución neutral es un buen argumento para frenar los impulsos de quienes interpretan los silencios de una constitución escrita, intentando incorporar, como si de una inferencia lógica se tratase, límites a la potestad de reforma que el constituyente no ha querido establecer. Pero, en mi criterio, es un argumento débil, porque se aleja de la naturaleza combativa de la constitución y no cuestiona con suficiente energía la irracionalidad de fondo de quienes defienden aquella opción hermenéutica. Censura aquella posición invocando como motivo central la pérdida de neutralidad de las interpretaciones que no encuentra cobertura expresa en lo dispuesto en la literalidad de las normas;

[12] Publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional,* 127 (2023), pp. 15-48.

pero es incapaz de suministrar razones que acrediten por qué la interpretación que rechaza la existencia de cláusulas implícitas de intangibilidad es más neutral que la antagónica. El recurso a la constitución neutral es, a mi juicio, más efectista que efectivo.

El propósito de estas líneas no es otro que el de intentar encontrar un concepto de constitución más robusto mediante el que rechazar la existencia de límites implícitos a la reforma constitucional, especialmente respecto a la específica regulación contenida en el Tït X de la CE. A tal fin utilizaré la noción de «constitución del riesgo» formulada por Adrian Vermeule que, si bien no acaba de convencerme en alguno de sus aspectos, pienso que puede resultar especialmente útil para afrontar este particular asunto.

2. La constitución del riesgo

En su conocido *The Constitution of Risk*[13], Adrian Vermeule plantea un cambio de enfoque metodológico para mejor comprender la función de la constitución, utilizando para ello la teoría de los riesgos regulatorios y, particularmente, la fórmula de Albert O. Hirschman[14], ante lo que considera la tradicional visión pesimista del liberalismo político, debida al predominio de la desconfianza: «El liberalismo se presenta en muchas formas y dimensiones, pero una corriente importante en la tradición del argumentario constitucional liberal —una de sus característica distintivas— es el pesimismo sobre el poder y el miedo al abuso». El «liberalismo del miedo» de Judith Shklar[15] sería una clara manifestación de esta tendencia predominante ya que propone que los actores políticos deben estar menos inclinados a celebrar los beneficios de la libertad que a combatir los peligros de la tiranía. La traducción al mundo del Derecho de esta desconfianza existencial es identificada por Adrian Vermuele como «el constitucionalismo precautorio», es decir, aquel que defiende «un enfoque que se centra estrictamente en el daño que puede producirse en el peor de los casos, en contraposición con la probabilidad de que ocurra»[16]. Trata lo peor como algo que inevitablemente sucederá y, por tanto, muestra una aversión absoluta a cualquier clase de riesgo derivado del ejercicio de la libertad. Sin embargo, adoptar cautelas para evitar lo peor, puede ocasionar mayores daños que aquel que, en su caso, pueda llegar a producirse. Dejar de comer por miedo a engordar puede conducir a la anorexia.

De los tres tópicos (perversidad, futilidad y riesgo) sobre los que Hischman articula su análisis, el último de ellos se estructura sobre el siguiente enunciado: 1. A procura cambiar el estado de cosas de X al estado de cosas Y; 2. Hay aspectos positivos de X que

[13] *The Constitution of Risk.* Cambridge University Press, New York, 2014.
[14] *The Rhetoric of Reaction: Perversity, Futility, Jeopardy*. Harvard University Press, Harvard, 1991.
[15] *El liberalismo del miedo*, Herder Editorial, Barcelona, 2017.
[16] *The Constitution of Risk*, *op. supra cit.*, p. 11.

no deben ser modificados y A los pone en riesgo; 3. A no debe interferir en el estado de cosas de X porque su acción terminará generando una mayor intransigencia, ya que las precauciones pueden exacerbar el mismo riesgo que intentan prevenir.

En su clasificación, el riesgo es un tópico moderado, pues no combate directamente la transformación que se persigue (en nuestro caso, una reforma implícita de la reforma a través de la interpretación), sino que advierte sobre la necesidad de ponderar aquellas cosas positivas que corren peligro de ser sacrificadas para alcanzar aquel propósito.

Llegados a este punto, interesa aclarar la fundamental diferencia que existe entre riesgo e incertidumbre. En las decisiones ponderativas del riesgo se identifican un conjunto nuclear de resultados posibles asignando a cada uno de ellos tanto una probabilidad de que pueda ocurrir (alta, media y baja) como una graduación del daño (leve, grave y muy grave) para el caso de que llegue a producirse. Cuando se opera desde la incertidumbre pueden valorarse potenciales daños, pero se excluye la variable de la probabilidad a modo de «corazonadas infundadas que no necesitan conectarse, a nada real en el mundo»[17].

Como alternativa al constitucionalismo precautorio, A. Vermeule propone invertir la mirada mediante lo que llama la «optimización del constitucionalismo» y la «posición madura». Para ello, parte de la idea de que «el objetivo de los reguladores debería ser, simplemente, el de tomar precauciones «óptimas» y postula que «la regulación óptima frente a un riesgo objetivo (TR) y un riesgo compensatorio (CR) consideraría ambos en serio y se esforzaría por maximizarlos (ΔTR-ΔCR). La incertidumbre no es el problema, sino las compensaciones»[18].

3. A vueltas con la revisión total del artículo 168.1 CE

Mediante el procedimiento agravado de reforma la Constitución de 1978 autoriza proponer su «revisión total». Desde la aprobación de este precepto la expresión ha sido objeto de algunas matizaciones interpretativas, pero, en términos generales, la mayoría de la doctrina asumió la literalidad de sus términos, admitiendo que nuestra Constitución disponía la posibilidad de que, a través de la reforma, pudiese ser totalmente cambiada hasta el punto de alumbrar una nueva constitución de contenidos completamente distintos.

En el caso español, no solo no existen cláusulas de intangibilidad, sino que expresamente se reconoce la posibilidad de una revisión total del texto constitucional y, por tanto, es la propia Constitución la que establece que, a través del procedimiento de re-

[17] *Ibidem,* p. 6.
[18] *Ibidem,* p. 77.

forma agravado, pueda encauzarse una nueva manifestación de la voluntad popular sin necesidad de tener que recurrir a una convención constitucional u otro proceso político alternativo al constitucionalmente previsto.

La Constitución de 1978 nació de un *continuum* formal que permitió transitar de las cortes franquistas a las democráticas y, dentro de éstas últimas, actuar simultáneamente como cortes constituyentes y cortes constituidas. La entonces conocida como «reforma política» hizo realidad esa singular transformación, cambiando completamente de régimen político y jurídico, sin momentos de ruptura. No es de extrañar, en consecuencia, que la Constitución de 1978 incorporase esa experiencia y una elevada confianza en los procedimientos de reforma, no ya como cauces necesarios para introducir modificaciones en la Constitución, sino también como potencial vehículo para cambiarla por completo («revisión total»), si ello fuese necesario. Mejor contar con reglas para hacer una nueva constitución que carecer de ellas y tener que crearlas *ad hoc* en una situación de inestabilidad política y vacío normativo. Si, excepcionalmente, la vía reformista había servido para pasar de una dictadura a una democracia, con mayor razón podía normalizarse un cauce de reforma que permitiese pasar de una constitución a otra, si más servidumbre que la voluntad del pueblo español. La opción del constituyente confía plenamente en la democracia y en la madurez política de cada generación, ofreciéndoles la fórmula de la «revisión total» como una vía reformista que les permite ejercer plenamente su libertad, sin más ataduras que el respeto a las reglas del juego.

El constituyente no desconfió ni de la democracia ni de la libertad decisoria de la ciudadanía, razón por la que la Constitución de 1978 carece de cláusulas de intangibilidad y por la que reconoce expresamente la posibilidad de ser completamente cambiada. Ahora bien, reafirmar lo primero no le hizo olvidar la amplitud de los riesgos inherentes a la introducción de determinados cambios constitucionales o a la posibilidad de que se propusiese una iniciativa cuya finalidad fuese una revisión total que persiguiese una «anti-constitución».

Para aminorar esos riesgos sin perder la coherencia ni violentar su confianza en la democracia, el constituyente no prohibió a los españoles del futuro lo que él mismo había hecho —cambiarlo todo— imponiéndoles cláusulas de intangibilidad, sino que dificultó la probabilidad de que determinados cambios llegasen a realizarse, elaborando un mapa de riesgos que trasladó a los dos procedimientos de reforma. Tanto se esforzó en ese empeño, que algunos hemos llegado a pensar que el procedimiento agravado es políticamente intransitable y que, si llegase el momento y fuese inaplazable una reforma de las materias a él reservadas, sería necesario idear alguna solución con el fin de reformar la reforma para poder reformar, como, en su día, se hizo en Portugal. La posibilidad de emprender con éxito una revisión total de la Constitución en los términos previstos en el artículo 168.1 CE, tiene tan alto grado de improbabilidad que, si bien el riesgo cero no existe, puede decirse de él que es un riesgo perfectamente tolerable, lo que hace

del todo innecesario disponer de cláusulas de intangibilidad que, con el fin de prevenir supuestas amenazas de futuro, distorsionasen el debate jurídico y político del presente, cuestionando el compromiso inequívocamente democrático de la Constitución y su respeto a la capacidad de decisión de las generaciones venideras.

La experiencia política vivida por el constituyente-constituido español le llevó a inclinarse por una fórmula de optimización constitucional de la reforma, rehuyendo deliberadamente de un constitucionalismo cautelar o de la desconfianza. No se sintió obligado a sustraer espacios a la libertad porque, analizados el riesgo objetivo y los de compensación, era una solución mucho óptima para alcanzar la estabilidad de la Constitución hacerlos improbables que prohibir sus causas, a sabiendas de que, a veces, como en la Transición española, lo prohibido puede hacerse políticamente posible. Descartó la necesidad de limitar materialmente la libertad del pueblo —algo que, finalmente, puede resultar inútil o contraproducente— y, a cambio, se encargó de endurecer procedimentalmente la probabilidad de que los riesgos por cambios constitucionales llegasen a producirse, especialmente aquellos relacionados con determinadas materias. Ahora bien, lo hizo con plena consciencia de que si, algún día lo improbable llegase a convertirse en urgente, siempre es mejor ofrecer una solución que negar el problema.

En el contexto de elaboración de la Constitución de 1978, el debate acerca de la incorporación de cláusulas pétreas o de intangibilidad (supongamos, la monarquía o el estado de las autonomías) avivaría inevitablemente cuestiones políticas vinculadas a la legitimidad de fondo del texto constitucional, debilitando el consenso político sobre los arreglos finalmente alcanzados y reabriendo debates internos aparentemente superados con efectos directos sobre la perdurabilidad de la democracia que se quería establecer, al condicionar la libertad ideológica y el pluralismo político. Por seguir con el ejemplo, ni la monarquía parlamentaria ni el estado de las autonomías eran nociones política y culturalmente inherentes a la idea de constitución de los constituyentes como, sin embargo, sí lo son el federalismo o el republicanismo en la cultura jurídica y política de algunos países. Antes bien, ambas fórmulas fueron concebidas como soluciones del momento, como arreglos posibles en los que encontrarse, pero nunca como elementos materialmente esenciales y cerrados, porque eran políticamente conscientes de que impedir su reforma produciría el indeseado efecto colateral de vetar la esperanza futura en la capacidad para poder reorientar y, en su caso, perfeccionar los estándares de calidad de nuestra incipiente democracia.

Frente al constitucionalismo precautorio o de la desconfianza, que propone cautelas jurídicas ante la incertidumbre, el constituyente español de 1978 prefirió evaluar y optimizar los riesgos, midiendo su impacto (dos procedimientos diferenciados de reforma por razón de la materia) y actuando sobre la probabilidad de que pudiesen producirse (uno más agravado que el otro), dejando siempre abierta una puerta a una ordenada «revisión total». La ausencia de cláusulas de intangibilidad facilitó el cierre del

acuerdo constituyente de 1978. Quienes ahora abogan por adicionar tácitamente ese tipo de cláusulas defienden otra constitución: no la que fue posible, sino la que nace de su deseo.

4. El miedo a constitucionalizar la secesión y la reforma interpretativa de la reforma

El constitucionalismo de la desconfianza es la consecuencia más expresiva del pesimismo liberal acerca del poder y su ejercicio: a menos Estado, menor riesgo para la libertad individual. El liberalismo considera que el objeto principal del derecho constitucional es limitar al Estado, no solo para dar forma a las relaciones de poder, sino también para acallar las inseguridades de la ciudadanía ante el poder absoluto e impersonal del Estado.

Este enfoque metodológico, aunque cuestionable en algunas de sus premisas, puede asumirse siempre que sea respetuoso con el principio democrático, lo que significa que las cautelas establecidas hayan sido previstas por el constituyente y figuren de forma expresa en el ordenamiento jurídico.

Con un amplio abanico de matizaciones, podríamos decir que este acercamiento a los contenidos de la Constitución de 1978 fue el predominante. Sin embargo, algunos constitucionalistas españoles, durante mucho tiempo los menos, han querido llevar un poco más allá sus «hipótesis de desconfianza», cuestionando la literalidad del artículo 168.1 CE, con el propósito de justificar la sustitución necesaria de la expresión «revisión total» por una revisión condicionada, aunque ésta segunda opción contradiga inequívocamente la letra de la Constitución y la voluntad del constituyente. Últimamente el avance de esta posición doctrinal crece de manera exponencial.

Resulta absolutamente imposible desmenuzar en este lugar los distintos argumentos utilizados. Acaso, los más recurrentes sean aquel que cuestiona la identificación entre el poder constituyente y el poder de reforma[19], porque supondría equiparar el principio democrático con el de representación, y el de la reducción al absurdo de la literalidad de la norma, con el fin de aflorar las incoherencias a las que, en opinión de sus defensores, conduce una interpretación exclusivamente formal del 168.1 CE.

Respecto del primero, cumple señalar que el poder constituyente es, básicamente, un mito fundacional que, en la práctica, se ha manifestado de múltiples formas. Pensemos en las particularidades del poder constituyente en el caso de la Ley Fundamental de Bon, elaborada bajo la tutela del vencedor; en la Constitución española de 1978 o, incluso, en la de los Estados Unidos de América, en la que el pueblo constituyente se re-

[19] Por todos, De Vega, Pedro, *La reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, especialmente pp. 262 y ss.

ducía a un puñado de ex colonos procedentes de Europa que, asentados en la costa este, decidían su futuro excluyendo a las comunidades indias y a otros colectivos de población[20]. Además, cuando el poder revisión requiere para su efectivo ejercicio la aprobación explícita del pueblo, manifestada a través de un referéndum —como dispone el artículo 168.1 CE—, la diferencia entre poder constituyente y de revisión se diluye hasta aproximarnos a lo equívoco.

La segunda objeción considera que ha de realizarse una interpretación sistemática de la Constitución y que, por tanto, es ilógico entender que es posible una reforma total del texto constitucional que anule sus elementos identificadores. Sería absurdo que a través de una reforma de la Constitución se aprobase otra en la que no se reconociese el principio democrático o la división de poderes o los derechos y libertades de la ciudadanía. Por tanto, la revisión total ha de entenderse condicionada por la existencia de ciertas cláusulas implícitas de intangibilidad[21]. A partir de esta premisa, se sostiene que tampoco cabe incorporar a la Constitución una cláusula que permita la secesión de alguna parte del territorio, porque la «indisoluble unidad de la nación española», del artículo 2 CE, también ha de entenderse como un límite tácito a toda reforma[22].

Esta pretensión consistente en adicionar una nueva e implícita cláusula de intangibilidad para asegurar la integridad del territorio del Estado tiene su origen en la grave situación política producida por el independentismo catalán a partir de la primera década del presente siglo, que reivindicó el derecho a decidir de los catalanes y la convocatoria de un referéndum para pronunciarse sobre su permanencia en España. Este movimiento político-institucional conocido como «el *procés*», de naturaleza inequívocamente política, pretendió contenerse en su primera etapa mediante el parapeto del Derecho[23], dando lugar a múltiples sentencias del Tribunal Constitucional. El temor a posibles lecturas de la Constitución que no fuesen lo suficientemente contundentes, y la pretensión de solventar a través del Derecho un asunto eminentemente político, ge-

[20] En palabras de Ernst-Wolfgang Böckernförde, «como *pouvoir constituant* que precede a la Constitución jurídica, el poder constituyente del pueblo no puede ser regulado jurídicamente por la Constitución misma ni, en consecuencia, pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación. Tiene y mantiene siempre un carácter originario, inmediato e incluso elemental; y de acuerdo con ello, es él mismo quien es capaz de buscar y crear sus propias formas de manifestarse —precisamente como magnitud política—». En «El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional», *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 167.

[21] Por todos, *vid*. Ruipérez Alamillo, Javier, «De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional,* 30, 2012, pp. 89-138.

[22] Una clara muestra de esta posición es la de González García, Ignacio, *La indivisibilidad de la nación: límite expreso a la reforma de la CE 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

[23] Sobre la reutilización del Derecho durante el *porcés vid*. Caamaño, Fran, «Del Estatut a las leyes de desconexión: el dedo que escribe las tablas de la ley». En Rivera Otero, José Manuel; Montalbes Pereira, Juan, y Lagares Díaz, Nieves (eds.), *Cataluña en proceso. Las elecciones autonómicas de 2015,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 17-35.

neró una reinterpretación de la Constitución motivada por la desconfianza y la inseguridad, avivando una idea de *nación española militante* como reacción al *procés*.

En ese contexto, el debate sobre la revisión total de la Constitución se tiñó de un propósito distinto, muy alejado del de sus comienzos: ante la posibilidad —por improbable que fuese— de que una amplia mayoría de los representantes del pueblo, e incluso el pueblo mismo en referéndum, autorizasen la incorporación a la Constitución de alguna cláusula que permitiese afrontar la situación política creada por el *procés*, mediante una fórmula que consintiese, con mayor o menor intensidad, la secesión de Cataluña, algunos autores defendieron la inconstitucionalidad de tal operación jurídica, alegando que la unidad territorial de España era una cláusula implícita de intangibilidad.

La nómina de las cláusulas implícitas de intangibilidad se acrecienta según las preocupaciones políticas predominantes en cada momento. La inseguridad incrementa la rigidez de la Constitución para disipar la desconfianza en la democracia. Identificar, mediante la argumentación teórica, la existencia de un límite jurídico inexistente es un claro ejemplo de esa tradición jurídico-liberal que anticipa sus incertezas y busca solucionar sus angustias a través de un constitucionalismo precautorio, que desconecta *per saltum* de la realidad y de sus verdaderos problemas, como si la ensoñación de una seguridad jurídica futura pudiese arreglar los conflictos del presente.

5. La constitución beligerante y su revisión total

Por contraste con la neutral, llamo constitución beligerante a aquella norma jurídica superior que ofrece respuesta a las demandas del constitucionalismo, en tanto que movimiento político e ideológico que se fundamenta en una firme convicción democrática y en la observancia de las reglas del Estado de Derecho[24]. Por tanto, no toda norma llamada constitución es una constitución del constitucionalismo. Ni su *nomen iuris*, ni su superioridad jerárquica frente a otras normas son condición suficiente.

La fortaleza del constitucionalismo reside en su confianza en la democracia y los principios del Estado de Derecho como la mejor forma de organizar la convivencia en libertad. El constitucionalismo es una ideología beligerante, que defiende su superioridad ética y combate constantemente el abuso de poder y la arbitrariedad de los poderes públicos y de las mayorías. Y, en este sentido, la constitución y su interpretación también deben serlo.

[24] Este concepto no debe confundirse con el de «constitución dirigente» de Gomes Canotilho. Solo pretendo subrayar el espíritu combativo que anima la realización de la constitución como norma jurídica, por lo que nada tiene que ver con una concepción de la constitución como programa. *Vid*. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Constituiçao dirigente e vinculaçao do legislador*», Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

Aunque, así entendida, la constitución tiene un contenido «resistente», de ello no se infiere la necesidad de establecer límites expresos o implícitos a su reforma ni, por consiguiente, a la voluntad democrática del pueblo. Que la constitución como concepto tenga un sesgo identificador no significa que el pueblo no pueda disponer de ella. Es la constitución la que está hecha para el pueblo, y no al revés. Ahora bien, si el pueblo quiere organizarse bajo una constitución ha de ser consciente de las exigencias inherentes al concepto, pues la constitución no tolera su equiparación con otras normas, por elevadas y solemnes que sean, cuando albergan regímenes políticos autoritarios, iliberales o populistas.

Cuando el artículo 168.1 CE permite emprender una revisión total de la Constitución, solo cabe entender que para poder transitar el procedimiento de reforma la norma final resultante también ha de ser una constitución del constitucionalismo. La constitución puede revisarse por completo siempre que se garantice que el resultado último será otra norma identificable como constitución y no solo un *nomen iuris* formal.

La beligerancia de la constitución impide que a su través pueda realizarse una reforma que desconozca o niegue las exigencias del constitucionalismo (democracia, división de poderes, derechos y libertades fundamentales). Creo que se puede cambiar *la* constitución y *de* constitución, mientras la norma resultante pueda calificarse como constitución[25]. Si, a pesar de ello, se hiciese otra norma y el control de constitucionalidad de la reforma resultase finalmente ineficaz, es razonable pensar que el producto normativo resultante nunca sería una constitución, aunque se autoasignase ese nombre.

En tal caso, se abría roto con la constitución, haciendo completamente inútil todo intento de impedir jurídicamente esa quiebra mediante el recurso teórico a la existencia de causas implícitas de intangibilidad. Un movimiento político de ese calibre no podría pararlo ningún tribunal. Ninguna cláusula de intangibilidad puede impedir el suicidio constitucional del pueblo.

Los riesgos inherentes a una revisión total de la constitución se solventan mucho mejor optimizando el artículo 168.1 CE, que acudiendo al constitucionalismo precautorio en defensa de unas cláusulas de intangibilidad desconocidas por el texto constitucional. Pudiera pensarse que por uno u otro camino se llega a un resultado similar, sin embargo, las consecuencias de ambas alternativas son completamente distintas. La primera no presenta especiales riesgos complementarios que deban ser ponderados. La segunda sí.

En efecto, si admitimos la existencia de cláusulas implícitas de intangibilidad para asegurar que la revisión total de la constitución desemboque en otra constitución del constitucionalismo, ¿por qué no admitir la existencia tácita de otras cláusulas de seme-

[25] Probablemente, a esta misma idea se refiere Juan José Solozabal Echavarria, cuando sostiene, sin embargo, que se puede cambiar «la Constitución, pero no cambiar de Constitución». En «El problema de la soberanía en el Estado autonómico», *Fundamentos,* 1, 1998, pp. 461-490, cit. p. 475.

jante naturaleza en relación con otras materias cuyo riesgo de supresión o afectación nos parezcan igualmente inquietante o que pueda parecérnoslo en un futuro? Abierta la puerta para suplir la falta de previsión normativa expresa, ¿hasta dónde es posible reformar teóricamente la reforma para incorporar a la constitución nuevos límites al principio democrático y a la voluntad del pueblo? ¿Es útil combatir nuestros temores del presente disponiendo cautelas teóricas basadas en una interpretación interesada de la constitución, en tanto que deudora de miedos coyunturales?

El ya manido ejemplo de que el pueblo puede autolimitarse mediante la constitución con el fin de evitar males mayores explica por qué la democracia liberal introdujo los principios del Estado de Derecho como remedio para superar el primer radicalismo democrático y apartar la inicial convicción acerca del carácter necesario del derecho de rebelión del pueblo frente al gobernante tirano. Mejor atarse al mástil del principio de legalidad, el respeto a los derechos individuales y la división de los poderes que legitimar como atributo incondicionado de la ciudadanía un pretendido derecho a la revolución, que condena a vivir en una inestabilidad política permanente, en función de los cantos de sirena o de la dirección que tome el agitando viento de las mayorías.

Ahora bien, alcanzado ese propósito, el verdadero riesgo para la vida en democracia no consiste en adoptar cautelas para prevenir lo que pueda hacer «Peter» cuando esté ebrio. Todos, también los intérpretes de la constitución, tenemos días para olvidar. El riesgo crítico, el que quiebra inexorablemente la convivencia democrática, no es el anterior sino el que se produce cuando el «Peter sereno» bebe deliberadamente porque sabe que hay cosas que solo puede hacer estando ebrio. Si una mayoría sólida y consolidada se convierte intencionalmente en una fuerza tiránica ningún Derecho, salvo el suyo, podrá contenerla[26].

La reacción jurídica meramente precautoria ante el temor suscitado por eventuales mayorías autoritarias o por populismos en expansión puede abrir paso a un «derecho constitucional del enemigo»[27], que sacrifique la razón de ser de la constitución del constitucionalismo. No debe confundirse un Peter transitoriamente ebrio con un Peter «del odio». En este sentido, cuando se trata de establecer límites a la democracia basados en hipótesis de desconfianza es bueno tener bajo la almohada una conocida frase de Benjamin Franklin: «Aquellos que renuncian a la libertad esencial para comprar un poco de seguridad temporal no merecen ni libertad ni seguridad[28]».

---

[26] Las referencias a la Odisea y al «Peter» sereno o ebrio son tomadas del conocido libro de Jon Elster *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

[27] Sobre la caracterización de ese concepto *vid*. Caamaño, Francisco, *Federación y Reforma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.137 y ss.

[28] *Congressional Record, V. 149, PT. 14, July, 17, 2003 to July 25, 2003, Congressional Record. Editor US Congress. Government Printing Office, 2007, p. 19016.*

6. Sobre la «indisoluble unidad de la nación española» como cláusula de intangibilidad y la posibilidad de introducir en la Constitución de 1978, un procedimiento de secesión. Dos alternativas opuestas para una misma inquietud

Nunca es bueno confundir el significado de las palabras y lo que éstas representan. Ni el Estado es la nación, ni ésta puede ser concebida como una «unidad de destino universal». La unidad del Estado, que toda constitución garantiza por el solo hecho de serlo, no es, conceptualmente, un término equiparable al de la «indisoluble unidad de la Nación española» al que se refiere el artículo 2 CE. Más aún: defender esa simbiosis supone condenar a la constitución, entendida como expresión normativa de la voluntad democrática del pueblo. Que exista, por mandato constitucional, una nación española indisoluble, no significa que dentro de la unidad del Estado no puedan existir otras manifestaciones identitarias vinculadas a nacionalidades y regiones.

Jurídicamente, la nación española no puede concebirse como una suerte de realidad natural que precede a la existencia misma del Estado democrático, con capacidad de condicionar la voluntad del poder constituyente. Lo que el artículo 2 CE ordena es más bien la existencia obligada de una nación española que no puede ser sustituida ni disuelta en un conglomerado o sumatorio de naciones, por eso es «indisoluble». Pero, nada impide que esa nación indisoluble pueda convivir dentro de un mismo Estado con otros sentimientos identitarios o nacionales. La Constitución garantiza jurídicamente la realidad nacional de España, pero no impone que la nación española sea una realidad excluyente. Fuera de esa declaración, la Constitución, como norma jurídica de origen democrático, solo garantiza la unidad del Estado, en tanto que sujeto artificial creado por la voluntad política del pueblo y el Derecho[29].

En este sentido, es conocido el progresivo abandono de las teorías organicistas de la nación, así como de la idea, animada por el nacionalismo, de que la nación es una realidad previa al Estado. Hoy sabemos que ha sido el proceso histórico de creación del Estado liberal el que ha ido fraguando interesada y estratégicamente la idea de nación[30], como compensación anímica a las profundas transformaciones experimentadas por la sociedad estamental y la necesidad de producir nuevos enlaces político-emocionales, ante la desaparición del culto personal al rey y la progresiva separación iglesia-estado. La nación es un *constructo* generado por el primer estado liberal en el que se abrazaba tími-

[29] Asumo, pues, que la primera forma de Estado es la del Estado liberal, por cuanto este implica la aparición, por primera vez en la Historia, de un monopolio del poder político, separado y autónomo de la sociedad civil. *Vid*. Pérez Royo, Javier, *Teoría del Estado*, Blume, Barcelona, Madrid, 1981.

[30] Por todos, Álvarez Junco, José, *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Taurus, Madrid, 2001, quien recuerda que los Estados fueron los promotores del proceso de construcción nacional («lo político precedía a la étnico y no al contrario») y que «la identidad nacional (...) no era sino una más de las múltiples identidades colectivas que cada ser humano comparte con millones de sus semejantes», cít. p. 15.

damente una democracia limitada (sufragio censitario) al servicio de la burguesía, por eso nación y pueblo tampoco son lo mismo.

La nación surgió como arma política de adhesión sentimental al sujeto impersonal del Estado frente a la antigua y *natural* sujeción al rey, por eso, allí donde la sociedad se organizó sin necesidad de combatir el principio monárquico, como en los Estados Unidos de América, la nación y la soberanía son palabras constitucionalmente inexistentes. Fueron los Estados, los que defendieron fronteras, crearon un mercado interior común, impusieron una lengua, promovieron una educación cívica colectiva (recreando héroes, rasgos comunes, expresiones culturales compartidas...), los que implantaron símbolos y fiestas nacionales. Como bien explica Ramón Máiz, al «hilo de todo ello, la población del territorio del Estado comienza a ser disciplinada políticamente no solo como pueblo del Estado (conjunto de ciudadanos individuales), sino como Nación (comunidad): una producción mítico simbólica y política de la identidad común, una lengua, una historia, una narrativa compartida, un nosotros comunitario que separa lo propio de lo ajeno, el amigo del enemigo»[31]. Por eso, «la Nación se construye *desde* el Estado (...) como refuerzo comunitario de la ciudadanía individual[32]». En suma, «la construcción del Estado liberal se dobla en el proceso de la construcción nacional: no es la nación la que segrega un estado propio, sino el Estado el que conforma su nación[33]».

Obviamente, este proceso (*national buiding*) ha sido muy desigual y, en algunos casos, la consolidación del Estado liberal y democrático no llevó a la cohesión de toda la ciudadanía bajo un único sentimiento identitario, aun cuando se compartiese un mismo Estado (Reino Unido, Bélgica, Canadá, España...).

La unidad del Estado nace con la constitución como expresión democrática del pueblo y no del reconocimiento constitucional de una nación española indisoluble. La «patria común e indivisible» de todos los españoles (art. 2 CE), es aquella en la que han de convivir la nación española con el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones. Y, en ese mandato, que garantiza la unidad del Estado, no se impone necesariamente una acepción excluyente y atemporal de la nación española.

Tampoco aporta mayor claridad el examen de la compleja exégesis formativa del artículo 2 CE para poner de relieve las muchas debilidades que acompañan a la tesis de quienes pretenden derivar de ese precepto constitucional una cláusula implícita de intangibilidad. La inquietud ante la secesión no puede conducir a una noción militante de la nación española que dificulte, si cabe más, la voluntad integradora del constituyente empeñado en «proteger a todos los españoles y pueblos de España» (Preámbulo de la CE).

---

[31] «El Dios mortal: ¿implica la globalización una progresiva desaparición de los Estados?», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades,* 37, 2017, pp. 21-43, cít. p. 26.

[32] *Ibidem,* p. 29.

[33] *Ibidem*, p. 30.

Tampoco puede identificarse sin matización alguna la unidad política del Estado con su integridad territorial. No son términos coincidentes. El cambio por ajuste de fronteras o la cesión de una parte del territorio, no es equiparable a una ruptura de la unidad política del Estado, ni requiere de una obligada reforma de la constitución. Los procesos de descolonización han supuesto la pérdida de grandes extensiones de territorio y la aparición de nuevos Estados, sin que por ello pueda sostenerse que se produjese una ruptura de la unidad política del Estado francés, del español, del portugués o del Reino Unido. Los pueblos colonizados nunca fueron realmente considerados como el pueblo de la constitución, por lo que su pérdida no afectó directamente a la unidad política del Estado.

En todo caso, la Constitución de 1978 ha venido a despejar cualquier duda al respecto cuando en su artículo 94.1.c) establece que es necesaria la autorización previa de las Cortes Generales para obligarse mediante «tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado». Parece indiscutible que esa autorización no ha de sustanciarse a través de alguno de los dos procesos de reforma previstos en la Constitución.

Reaccionando ante el mismo problema político (el *procés*), los profesores Aláiz y Bastida han intentado buscar una solución completamente distinta, proponiendo una reforma de la Constitución mediante la que introducir el derecho a la secesión «como mecanismo de refuerzo de la eficacia normativa de la Constitución[34]». Su camino funcional es el inverso: con su propuesta no persiguen establecer una prohibición para frenar cautelarmente lo que pueda ocurrir en un futuro, sino que, por el contrario, intentan solventar la situación presente, ofreciendo una válvula de escape final que revalorice la juridicidad de la Constitución a riesgo de lo que pueda acontecer en un futuro, cuya probabilidad procuran procedimentalmente contener y controlar. «Un sistema constitucional democrático como el español no debería cerrarse cognitivamente, negando el alcance final de esta expectativa de autodeterminación externa (pues no es su función). Más bien debería evaluar el impacto que sobre su estabilidad y eficacia pudiera tener la pretensión de imponer dicha expectativa al margen de los procedimientos legales previstos y, correlativamente, el impacto que pudiera conllevar sobre su legitimidad democrática el rechazo de que tal expectativa puede ser objeto de una futura reforma constitucional y la imposición coactiva del ordenamiento jurídico vigente sobre un amplio número de instituciones y ciudadanos que la respaldan»[35].

Sin quitar un solo gramo a la solidez argumental de su exposición, y al bien trabado fundamento lhumaniano que la sustenta, he de reconocer que, para rechazar la propuesta de convertir en cláusula de intangibilidad a la unidad de la nación como respuesta jurídica a la amenaza secesionista, no creo que sea necesario, ni conveniente, marcarles

[34] Aláez Corral, Benito, y Bastida Freijedo, Francisco, «La acomodación constitucional de la secesión: el caso español». En *Fundamentos,* 10, 2019, pp. 245 a 297.

[35] *Ibidem,* p. 254.

constitucionalmente el camino, porque esa apertura de la constitución a la presión de las minorías ofrece demasiados riegos complementarios, como para que pueda considerarse como una interpretación optimizada de la Constitución de 1978. Reutilizando sus palabras, puede que la función de la constitución no sea cerrarse a la expectativa de secesión, pero tampoco creo que sea la de animarla.

Para desdramatizar un riesgo presente y resituarlo en el ámbito de la política democrática, los autores nos brindan una solución que introduce, a mi juicio, demasiados riesgos complementarios. En la terminología schmittiana, pasaríamos de un «derecho constitucional del enemigo» (que cierra la constitución a las minorías) a un «derecho constitucional del amigo» (que se arriesga, bajo condición, a entregarles la constitución y forzar su eventual reforma). Aláez y Bastida consideran que «para garantizar en el tiempo su eficacia, «ante una expectativa fuerte de autodeterminación externa en un determinado territorio, «el ordenamiento constitucional democrático debe dar una respuesta inclusiva y no represiva»[36]. La segunda de las opciones, como ya se ha visto, obedece al miedo en el presente ocasionado por un riesgo futuro, mientras que la primera hace depender de la improbabilidad futura demasiados riesgos del presente.

Me cuesta aceptar las virtudes sanadoras que los autores vinculan al reconociendo constitucional de una cláusula de secesión. Acaso puede servir para reforzar su normatividad en los momentos iniciales de un conflicto territorial. Ahora bien, si este perdura y se consolida, el paso siguiente de los secesionistas no será invocar un pretendido derecho a autodeterminarse (ya reconocido en el texto constitucional), sino demandar que se reforme la constitución para suprimir esa «cárcel procedimental», que impide al pueblo minoritario e injustamente sometido ejercer libremente y con plenitud su derecho de autodeterminación. La presión política sobre la constitución pasaría de cuestionar democráticamente su interpretación «represiva» a otra consistente en combatir las barreras legales y constitucionales orientadas a obstaculizar razonablemente la probabilidad de que pueda llevarse a cabo por la sola decisión de una minoría. La alternativa inclusiva, cambia la línea de ataque argumental a la constitución, pero no evita que esta sigua siendo la diana de la acción política del secesionismo[37]. En uno y otro caso, la constitución, ya sea por anticipación precautoria o por alimentar una esperanza difícilmente alcanzable, deja de ser una solución para convertirse en el corazón del problema. Y eso es, a mi juicio, lo que una interpretación optimizadora de la constitución debe evitar.

Si ponderamos los factores extra-normativos (que son los que, en puridad, justifican la cláusula que se quiere incorporar) surgen serios reparos acerca de la bondad de la solución inclusiva. Los autores, en un claro ejercicio de honestidad intelectual, nos ponen sobre la pista de la magnitud de los riesgos complementarios que han de asumirse

[36] *Op. supra cit.*, p. 253.

[37] Motivo por el que tampoco comparto la contrargumentación de Weinstock, en favor de la inclusión en la constitución de una cláusula de secesión, que los autores recogen en *op. supra cit.*, p. 260.

para evitar el riesgo principal. Recuerdan, en este punto, la posición manifestada por Sunstein en su conocido *Constitucionalism and secession*[38]: «Desde la perspectiva de la teoría política también se ha argumentado en contra de la constitucionalización del derecho de secesión sobre la base de la contraposición que existiría entre tal derecho y los objetivos generales del constitucionalismo, debido a que implicaría un potencial incremento de los riesgos de conflicto étnico, una reducción de las posibilidades de compromiso y debate deliberativo en la toma de decisiones políticas cotidianas, o la creación de riesgos de chantaje político y comportamiento político estratégico por parte de las entidades territoriales con derecho a secesionarse, que pondrían en peligro la gobernabilidad a largo plazo[39]».

7. «Nosotros» y la Constitución

El reconocimiento constitucional del derecho a la secesión contraviene los objetivos del constitucionalismo y la idea misma de constitución, en tanto que expresión normativa de la confianza política que democráticamente se deposita en un proyecto de vida colectiva. Toda constitución es, por definición, la creación de un «nosotros» y, a esos efectos, es indiferente si el pueblo o la nación es uno o son varios.

Ante la falta de una forma plural de la palabra *people*, John Calhoum[40] defendió que el nosotros de la Constitución norteamericana de 1787 (*We the people*) se refería no al pueblo sino a los pueblos de la Unión, cuestión del todo relevante para determinar el alcance del principio federal. Pero ahora no nos interesa tanto la palabra «people» como el pronombre «we», ese nosotros democráticamente manifestado, que la constitución constata y crea, dando unidad al Estado.

La unidad del Estado que, jurídicamente, la constitución cimenta, no se identifica ni con el pueblo, ni con la nación, ni con el territorio. Es, a mi juicio, algo muy distinto y tan artificial como el Estado al que la constitución sirve. Algo que entronca directamente con una idea que Jellinek ya expuso con en su Teoría General del Estado: «Toda asociación permanente necesita de un principio conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad»[41].

No me parece desacertado sostener que en el *nosotros* de la Constitución de 1978 estuvieron la gran mayoría de los catalanes, los vascos o los gallegos. Todos ellos, con otras muchas personas de toda España, vivieron con satisfacción la llegada de un Estado

[38] Sunstein, Cass R., «Constitucionalism and secession», *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, 1991, pp. 633-670.

[39] Aláez Corral, Benito, y Bastida Freijedo, Francisco, *op. supra cit.*, p. 260.

[40] Calhoum, John C., «The South Carolina Exposition and Protest» (19 de diciembre de 1928). Puede consultarse en *Libertad y Unión*, CEPC, Madrid, 2010, cit. pp. 312-313.

[41] Jellineck, George, *Teoría General del Estado*, ed. Albatros, Buenos Aires, 1954, p. 38.

democrático de Derecho en el que, además, se les reconocía amplias posibilidades de autogobierno. Depositaron su confianza en la Constitución de 1978 y en su capacidad para articular una convivencia compartida. Ese *nosotros* de la constitución no es un objetivo prioritario del constitucionalismo como ideología, pero sí de la constitución como norma jurídica que da forma al Estado. Por eso, incorporar un derecho de secesión resulta del todo incoherente con su propósito.

La incorporación de una cláusula de secesión desincentiva y debilita esa faceta constructiva y estabilizadora de la constitución y proyecta, desde su inicio, una oscura sombra sobre la legitimidad del *nosotros* que coyunturalmente fundamenta la unidad del Estado[42]. Ninguna constitución puede impedir la secesión, pero tampoco tiene por qué reconocerla, dando existencia jurídica a un pretendido derecho a la diferenciación de una parte del *nosotros* fundador que, por esa sola razón, se debilita y fragmenta. Sería una *contraditio in terminis*. La fuerza normativa de la constitución descansa en la confianza democrática y en la fortaleza del compromiso político que la hizo nacer. La constitución, claro está, no es ajena a los avatares de la política y, según llegó, también puede irse. No importa si es rígida o flexible. Su principal fortaleza jurídica y política radica en su capacidad de transformación y vocación de permanencia. Su calculada inocencia democrática, su aparente indefensión, la hace ideológicamente mucho más resistente que otras formas de organización del poder.

El *nosotros* de la constitución es algo contingente. No pertenece al programa ideológico del constitucionalismo (democracia, derechos, división de poderes) pero sí al ser de cada constitución como norma jurídica. No forma parte de la constitución material. Tampoco se identifica con realidades fácticas como el territorio o la población. Nada impide que el *nosotros* de una constitución pueda redimensionarse al alza o a la baja en función de necesidades políticas venideras. La adhesión de la antigua República Democrática Alemana bajo la jurisdicción de la República Federal no alteró el *nosotros* de la Ley fundamental de Bonn. La reforma constitucional alemana de 1994 se quedó en un puñado de retoques formales y no se sometió a referéndum.

El vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía (DA 1.º), aunque ya no menciona expresamente a Gibraltar, sigue haciendo referencia a la «ampliación de la Comunidad Autónoma a territorios históricos no integrados en otra Comunidad Autónoma» ¿Obliga esa norma a reformar la Constitución o, por el contrario, la adhesión sería constitucionalmente inviable por mutar «la indisoluble unidad de la nación española»? Dejando en el aire las respuestas, lo que no parece razonable es que una supuesta cláusula de in-

[42] Razón por el que me parece gratuita y muy desafortunada la doctrina de la STC 42/2014, de 10 de abril, cuando defiende que cabe una interpretación conforme del «derecho a decidir» entendido «como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de "legitimidad democrática", "pluralismo", y "legalidad"» (FJ 3.b) asemejándolo a la legitimación para promover una reforma constitucional.

tangibilidad basada en la «indisoluble unidad de la nación española» opere como impedimento para la reducción y nunca como obstáculo para su ampliación.

Siempre hay un *nosotros* que sirve de base de legitimación a la unidad del Estado (sea democrático o no), garantizada por una norma jurídica que lo constituye y da forma. Lo que caracteriza al *nosotros* de la constitución es la potencia política de su origen democrático. Ese es su gran valor y su mejor arma. La democracia confiere al *nosotros* de la constitución la fuerza del compromiso y la solidez necesaria para afrontar la convivencia. Prever en una constitución, un procedimiento de reforma para su ampliación (adhesión de nuevos territorios) o reducción (secesión), significa cuestionar el valor democrático del *nosotros* constitucional, o si se prefiere, menoscabar la fuerza legitimadora de su *demo*.

8. Sobre la Constitución indefensa

Una constitución sin cláusulas de intangibilidad no es una constitución indefensa. Solo es una constitución coherente, que optimiza su valor frente a potenciales riesgos. No creo que una constitución que no establezca límites a su reforma se encuentre más indefensa[43]. ¿Están más indefensas las constituciones flexibles que las rígidas? Y, dentro de las rígidas, ¿las que carecen de cláusulas de intangibilidad? La respuesta a ese interrogante extralimita las razones del Derecho y depende fundamentalmente de la solidez democrática de cada país. Una solidez que se acrecienta en razón, precisamente, del grado de confianza que la ciudanía haya depositado en ella. Cuanto más abraza la democracia menos cautelas jurídicas precisa su constitución.

Las cláusulas de intangibilidad son temores adelantados que condicionan el ejercicio de la libertad. Cuando se afirma que las constituciones desprovistas de ellas están más indefensas, es inevitable preguntarse frente a quién se produce esa indefensión y la respuesta no es otra que el pueblo. No parece buena idea combatir los eventuales riesgos derivados de la tiranía de una mayoría de circunstancia acudiendo a un ejercicio interpretativo de «totalitarismo constitucional»[44], que solo favorece a otra mayoría coyunturalmente intranquila y temerosa de perder su *estatus*. Una línea sutil y demasiado fina

[43] Biglino, Paloma, *op. supra cit.*, p. 36.

[44] La expresión es de Böckenförde, para quién una «Constitución concebida desde el principio del Estado material de Derecho (...) discrimina a los que se oponen a (sus valores). La Constitución no garantiza ya la libertad de una forma incondicionada, a través de una delimitación jurídico-formal, sino solo la que cabe dentro del sistema de valores reconocido por ella (...)». «¿No se abre entonces la puerta a un totalitarismo constitucional? ¿Qué clase de seguridad en sí mismo tiene un pueblo que se cree obligado a fijar como intangibles, con la coacción del Derecho, los llamados valores fundamentales de la organización de la vida y de su organización política, tanto para sí mismo como para las generaciones futuras, a las que con ello está negándoles desde el principio el reconocimiento de su propia madurez?, en «Origen y cambio del concepto de Estad de Derecho», *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, *op. supra cit.*, p. 41 y p. 43.

separa a los guardianes de la constitución de sus carceleros. Un riesgo que la constitución democrática también está obligada a combatir. Las políticas de prevención son convenientes y hasta necesarias. Acciones políticas y de concienciación, pero no prohibiciones adicionales y mandatos jurídicos de refuerzo. Fomentar la deliberación a través de los cauces democráticos, crear conciencia social sobre la importancia de los derechos y el respeto a las minorías, fijar los delicados límites de la tolerancia son tareas colectivas imprescindibles para la buena salud de la constitución. La fuerza coactiva del Derecho no puede sustituirlas, aunque a los juristas se nos suela olvidar. La constitución no se protege mejor ideando cláusulas implícitas de intangibilidad, sino defendiendo el día a día de la democracia.

CAPÍTULO 4

PUEBLO Y ESTADO CONSTITUCIONAL: SOBRE LA URGENCIA DE PRIMAR LO QUE UNE SOBRE LO QUE SEPARA

Ángel J. Gómez Montoro
(Universidad de Navarra)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Introducción

Un rasgo que caracteriza a Paloma Biglino, a quien se dedica este merecido *liber amicorum* es, sin duda, el de su compromiso con el Estado constitucional y democrático de Derecho; un compromiso tanto personal como académico que se ha traducido en importantes trabajos que, sin dejar de tener una gran relevancia teórica, buscan sobre todo cooperar en la superación de los cada vez mayores desafíos con los que se enfrenta. Así, y sin pretender ser exhaustivo, ha tratado de la necesidad de fortalecer nuestra democracia representativa[1] y, para ello, reivindicar el insustituible papel del Parlamento[2]; de la importancia de los mecanismos de exigencia de responsabilidad[3] y control[4]. Todo ello, con el objetivo de preservar el Estado de Derecho frente a quienes, de manera parcial e interesada, pretenden oponerlo a la democracia. Y esa preocupación es la misma que atraviesa su libro *Retos a la libertad y Estado Constitucional*, una reivindicación, ponderada e inteligente, de este sistema que, sin ser perfecto, ha «garantizado a los ciudadanos una posición que en ninguna otra

[1] «Más y mejor representación», en Rovira Viñas, Antonio (coord.), *Gobernanza democrática*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 71-92.

[2] «La reivindicación del Parlamento en la época del populismo: ¿Cómo regenerar su propia legitimación?», en Aragón Reyes, Manuel; Cossío Díaz, José Ramón, y Nava Gomar, Luis Felipe (coords.), *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 269-287, y «Malos tiempos para los parlamentos», *Cuadernos Constitucionales,* 2, 2021, pp. 31-45.

[3] «Responsabilidad de los poderes públicos y calidad de la democracia», en Rubio Llorente *et al.* (coords.), *La constitución política de España: estudios homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 43-64.

[4] «No es solo la representación, sino también el control», en Carbonell Sánchez, Manuel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Vol. 4, Tomo 1, México, 2015, pp. 277-296.

forma política habían logrado alcanzar»[5].Quisiera en estas páginas detenerme en uno de esos «retos a la libertad y al Estado constitucional» que, en general, ha sido menos subrayado por la doctrina pero que entiendo no tiene menor relevancia. Y no la tiene porque afecta al presupuesto de todo el modelo: la existencia de un pueblo —o nación— que, por encima de las naturales diferencias, comparte un proyecto común, unos valores compartidos que son objeto del pacto constituyente[6]. En mi opinión, esos riesgos derivan no solo de la globalización —algo generalmente aceptado— sino de otras dos realidades cada vez más presentes en nuestras sociedades: la exaltación de la autonomía individual en detrimento de lo que es común a todos los ciudadanos y el protagonismo del valor *identidad,* que pone el énfasis en lo que de específico —y excluyente— tienen determinados grupos sociales.

A esas cuestiones se dedican las páginas que siguen, si bien debo adelantar que el calado de los problemas, unido a la extensión que debe de tener esta contribución, me obligan a un tratamiento necesariamente sintético y a dejar meramente apuntadas cuestiones que requerirían de mayor profundización. Espero, con todo, poder justificar el motivo de mis preocupaciones y contribuir así a llamar la atención sobre un tema que, de no abordarse adecuadamente, puede poner en riesgo —me atrevería a decir que lo está poniendo ya— nuestro sistema constitucional.

2. Pueblo y democracia

Si la democracia es el gobierno del pueblo, este es un presupuesto necesario, un dato que se toma como punto de partida. La apelación al pueblo —en Estados Unidos— o a la nación[7] —en Europa— como titular de la soberanía y, por tanto, dotado de poder constituyente, es la pieza maestra sobre la que se construyó el Estado constitucional. Se trata, en gran medida, de un concepto revolucionario que pretende romper con el Antiguo Régimen y pone, por ello, todo el énfasis en la igualdad[8]. «Para que

[5] Biglino Campos, Paloma, *Retos a la libertad y Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 13. Una recensión del mismo en Gómez Montoro, Ángel J., «En defensa del Estado Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 39, 2019, pp. 341-348.

[6] Es verdad que, para algunos, la superación del pueblo o nación no es un riesgo sino algo deseable en la medida en que permitiría superar una estructura —el Estado— y llegar a un constitucionalismo global. Volveré sobre ello más adelante.

[7] Como señala P. Biglino, la idea de nación en el origen del constitucionalismo no es la idea romántica del siglo xix, sino que «aparece en el primer liberalismo con una finalidad revolucionaria, al pretender un cambio en la titularidad de la soberanía y el fin de todo privilegio» (Biglino Campos, Paloma, *Retos a la libertad y Estado constitucional*, cit., p. 57).

[8] Siguen siendo muy sugerentes -y pienso que acertadas- las consideraciones de Tocqueville sobre la igualdad. La idea está presente en numerosas partes del libro pero expuesta con especial fuerza y de manera sintética en el Capítulo I de la Segunda parte del Volumen II, que lleva el significativo título «Por qué los pueblos democráticos manifiestan un afecto por la igualdad más ardiente y duradero que por la libertad» (Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Traducción de Dolores Sánchez de Aleu, Alianza Editorial, Madrid, 2.ª ed., 1985, vol. II, pp. 85 y ss.).

exista pueblo como sujeto unitario del poder del Estado —escribe García Pelayo— se precisa que exista una voluntad conjunta y, por consiguiente, que la pluralidad estamental, el antiguo *esprit de corps*, haya sido sustituida por una homogeneidad social, por unas vivencias y por un espíritu comunes. Por eso, el nacimiento de la democracia está históricamente vinculado a la idea de nación en sentido moderno»[9].

Estamos ante un entendimiento liberal e individualista de la democracia, que pone el énfasis en el individuo. A partir de aquí, habrá sin embargo una divergencia en los caminos recorridos en Francia y en Estados Unidos. En Francia, tanto la necesidad de romper con el Antiguo Régimen como la influencia de Rousseau, que insistirá en la unanimidad, llevará a la supresión de los *cuerpos intermedios* (*phobie des groupements*), es decir, de todo aquello que podía distorsionar la adecuada formación de la voluntad general[10]. En los Estados Unidos, por el contrario, habrá una dinámica vida asociativa, que tanto llamó la atención de Tocqueville[11]. Lo que en el contexto francés se veía como un peligro, en la democracia americana se considera una garantía frente al despotismo.

A pesar de esas diferencias que pueden apreciarse a ambos lados del Atlántico y pese a la fuerte impronta individualista del primer constitucionalismo, se impondrá una democracia no de unanimidad sino de representación, que requerirá la presencia de realidades asociativas, en particular, los partidos políticos, a través de los cuales deberá articularse la presencia de las distintas ideologías[12]. Democracia, por tanto, pero democracia pluralista que debe aunar el reconocimiento de intereses diversos. No uniformidad, pero sí un vínculo común pues «...la democracia tiene como su-

---

[9] García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado,* Manuales de la Revista de Occidente. Madrid, 1950, p. 139.

[10] Me he ocupado de ello en Gómez Montoro, Ángel J., *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 43 y ss.

[11] Ya desde la introducción de *La democracia en América* señala Tocqueville la mayor importancia que tienen las asociaciones en una democracia que en el Antiguo Régimen: en éste, el Rey tenía el contrapeso de los nobles, las corporaciones y otros cuerpos intermedios. Y en términos que parecen paradójicos, señala Tocqueville que en una democracia la igualdad de los individuos hace más necesaria su asociación como contrapeso al posible tirano: «a la fuerza algunas veces opresora, pero a menudo conservadora, de un reducido número de ciudadanos, ha sucedido la debilidad de todos» (Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, cit., vol. I, pp. 9 y ss.; la cita entrecomillada se encuentra en la p. 16; vuelve sobre el tema en el vol. II, pp. 95 y ss.). La asociación se convierte en una garantía tanto frente al despotismo como frente a un individualismo que, por debilitar los lazos entre los ciudadanos, termina también facilitando la forma despótica. Véase Sauca Cano, *La ciencia de la asociación en Tocqueville*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995. Sobre el papel de las asociaciones para Tocqueville y su relación con la visión que Montesquieu tenía de los cuerpos intermedios resulta sugerente el trabajo de Osorio, Alfonso, «El papel político de la asociación. Tocqueville y la adaptación democrática de los poderes intermedios de Montesquieu», *Thémata. Revista de Filosofía,* 44, 2011, pp. 406-423.

[12] Sobre la alternativa unanimidad/mayoría son de interés las consideraciones de Rosanvallon, Pierre, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2010, pp. 39 y ss.

puesto el sentimiento de la común pertenencia a una comunidad nación específica»[13].

3. De la democracia de igualdad a la democracia de identidad

Es evidente que la imagen de un pueblo unido, compartiendo unos valores comunes y ejerciendo pacíficamente la soberanía no ha respondido nunca a la realidad[14]. Ya Kelsen señalaba que «para una investigación centrada en la realidad de los hechos, no hay nada más problemático que, justamente, esa unidad designada con el nombre de pueblo. Fraccionado —sigue diciendo— por diferencias nacionales, religiosas y económicas, el pueblo se ofrece antes —desde el punto de vista sociológico— como un conglomerado de grupos que como una totalidad que da cohesión y sentido propio a un agregado»[15]. Como es sabido, Kelsen resuelve este problema a través de su visión puramente normativista de las relaciones de poder: «en último término —escribirá—, lo que se describe, con mayor o menor precisión, como unidad del pueblo no es más que una realidad jurídica: la unidad del ordenamiento jurídico estatal que regula las conductas de los hombres sometidos a sus normas»[16].

Pero, a los efectos que ahora nos interesan, que el Derecho pueda convertir en unidad lo que es una pluralidad de visiones, con frecuencia contrapuestas, no resuelve el problema pues, en el plano tanto constituyente como legislativo, hace falta un requisito previo que es la capacidad de llegar a acuerdos sin los cuales las normas necesarias no existirían. Y es aquí donde me parece que no solo la situación fáctica sino el mismo paradigma ha cambiado en estas últimas décadas[17].

---

[13] García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado,* cit., p. 139. O, en palabras de Jellinek, «una pluralidad de hombres sometidos a una autoridad común, que no lleguen a poseer la cualidad subjetiva de un pueblo, no sería un Estado, porque a todo les faltaría ese cemento que hace de la pluralidad una unidad» (Jellinek, George, *Teoría General del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos, Albatros, Buenos Aires, 1981, p. 305).

[14] Ni siquiera ha ocurrido así en los Estados Unidos, donde las tensiones entre los Estados del Norte y del Sur, fruto de visiones distintas —y en buena medida contrapuestas— en muchas cuestiones esenciales (esclavitud, poderes del Gobierno federal, etc.), estuvieron presentes no solo durante la Convención sino una vez aprobada la Constitución, hasta terminar en la Guerra de Secesión.

[15] Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*. Edición y traducción de Juan Luis Requejo Pagés, KRK ediciones, Oviedo, 2006, pp. 62-63.

[16] Id., p. 63.

[17] Desde luego uno de los fenómenos que más incidencia ha tenido y sigue teniendo en la idea tradicional de pueblo es la inmigración masiva en los países occidentales. El tratamiento de la cuestión excede con mucho del propósito de estas páginas, pero creo que puede afirmarse que la inmigración, por sí misma, no tiene por qué suponer una pérdida de identidad nacional. Y existen países que han sido buenos ejemplos de esa integración, al menos hasta épocas recientes: Canadá, Australia o el mismo Estados Unidos. Si hoy día es uno de los grandes desafíos y una de las cuestiones que más divide a los ciudadanos, pienso que se debe en no escasa medida a la debilidad misma de los lazos que unen al pueblo que los recibe y a un abandono —cuando no a un verdadero cuestionamiento— de los valores propios (entre los que ocupan una posición destacada los valores constitucionales). El abandono o el debilitamiento de tales valores, que se veía por algunos como la manera de facilitar la integración,

El fenómeno ha sido bien explicado por Francis Fukuyama en un libro que lleva por título *Identity*[18]. A partir de los años sesenta, con los movimientos feministas y medioambientalistas, principalmente, empieza una nueva manera de acercarse a los grupos que históricamente se habían visto discriminados. El primer constitucionalismo no ignoraba a estos grupos —al menos algunos de ellos—, pero cuando se empezó a luchar contra su discriminación se hizo desde el valor de la igualdad: se trataba de superar esa discriminación mediante la igualdad en el reconocimiento de derechos, incluidos los de participación política. El paradigma inicial será la ley general aplicable a todos los ciudadanos por igual y, con las revoluciones sociales de mediados y finales del siglo XIX, la lucha se centrará en el reconocimiento del derecho de sufragio a las mujeres o la superación de la segregación racial en el caso de los Estados Unidos[19].

En la nueva concepción, sin embargo, lo relevante no es la *igualdad* sino la *identidad*[20]. No se aspira a ser reconocido como igual, sino que el foco se pone precisamente en lo diferente. Y lo que se persigue no es solo el reconocimiento de la legitimidad de la diferencia (se tiene la misma *dignidad* que la de los grupos mayoritarios), sino que se les respete como distintos a la sociedad en general y se establezcan políticas específicas para ellos[21]. Una tendencia que no ha hecho sino ir a más mediante el reconocimiento de nuevas identidades: junto a las mujeres, se reivindican los grupos raciales (basta pensar en el movimiento *Black lives matter*), los colectivos LGTBIQ+ o, en los países donde existen, los pueblos originarios, entre otros.

Como señala Fukuyama, el cambio era —en muchos casos— comprensible y necesario y ha traído políticas que han beneficiado a los grupos en cuestión; se trata de

---

parece no estar teniendo éxito y que, por el contrario, está llevando a la aparición, como reacción, de un nacionalismo excluyente que está marcando de forma decisiva la política de muchos países.

[18] El título completo es *Identity. The demand for dignity and the politics of resentment,* Farrar, Straus and Giroux, New York, 2018 (citamos por la traducción española *Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de resentimiento*, Deusto, 2019).

[19] Fukuyama, Francis, *Identidad. La demanda de dignidad y las políticas de resentimiento*, cit., pp. 120-121.

[20] Íd., p. 122. Christian Somek apunta que entre lo que él llama constitucionalismo 1.0 —basado en la igualdad— y el momento en que vivimos —un constitucionalismo 3.0 marcado por la identidad—, habría un constitucionalismo 2.0, desarrollado tras la Segunda Guerra Mundial, en el que el valor por antonomasia sería la dignidad (Somek, Christian, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014). Aunque esta visión puede aceptase con algunos matices (pues también el primer constitucionalismo proclamaba que todos nacemos libres e iguales, dotados por el Creador de derechos inalienables, algo que se parece mucho a la idea de dignidad), no cambia sustancialmente a nuestros efectos, pues ese constitucionalismo sigue basándose en la soberanía popular y, precisamente como consecuencia de la dignidad, proclama la universalidad de los derechos y la igualdad en el disfrute de los mismos con independencia del grupo al que se pertenezca. Me he ocupado de este entendimiento de la dignidad en Gómez Montoro, Ángel J., «¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?», en Aragón Reyes *et al.* (coords.), *La Constitución de los españoles: estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarria*, Fundación Manuel Giménez Abad-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, pp. 539 y ss.

[21] Para Fukuyama, esto es algo que sucede sobre todo en la izquierda política, que deja de estar centrada en construir solidaridad alrededor de grandes colectivos como la clase trabajadora o los explotados económicamente, para poner su foco en pequeños grupos que habían sido marginados de diversa forma (íd., p. 121).

medidas que, en ocasiones, son una respuesta natural e inevitable ante la injusticia. El problema surge cuando la identidad es interpretada o afirmada en ciertas formas específicas[22]. Esto crea dificultades de diverso tipo, entre ellas «puede llegar a poner en peligro la libertad de expresión y, de forma más amplia, el tipo de discurso racional que la democracia necesita para funcionar»[23].

A los efectos de este trabajo, me interesa destacar que un énfasis unilateral en lo que de específico tienen los grupos, lleva consigo —o puede llevarlo si no se compensa con medidas de otro tipo— un debilitamiento de los valores compartidos en torno a los cuales se construye la identidad del pueblo o nación. Las democracias dependen de algo más que de aceptar las reglas básicas del sistema. Necesitan su propia cultura y difícilmente sobreviven si los ciudadanos no están de alguna manera vinculados con las ideas del gobierno constitucional y la igualdad humana a través de sentimientos de orgullo y patriotismo. Por eso, advierte Fukuyama, «las democracias liberales hacen bien en no organizarse en torno a una serie de proliferantes grupos de identidad inaccesible para los extraños»[24].

Es verdad que esta postura no es compartida por todos y, en particular, por quienes defienden un constitucionalismo global o universal. Un fenómeno que tuvo especial auge hace unos años cuando la globalización se presentaba como imparable, con el consiguiente debilitamiento del concepto mismo de soberanía y de las identidades nacionales. Se defendía un constitucionalismo cosmopolita —para el que el Estado nacional es, sobre todo, un obstáculo—, partidario de la existencia de instituciones globales. Dejando al margen la cuestión de si en un contexto diferente esto sería posible y, reconociendo la necesidad de instituciones supra estatales para dar respuesta a los problemas más relevantes de nuestro mundo[25], el *repliegue* hacia las propias fronteras que se ha producido a raíz de la crisis económica de 2008, la epidemia del COVID y, más recientemente, los conflictos armados en Ucrania y Gaza, parecen evidenciar que estamos lejos de ese escenario.

Es verdad que los nuevos retos con los que nos enfrentamos trascienden algunos de los planteamientos clásicos y que son necesarias nuevas construcciones teóricas. Pero no lo es menos que, si se quiere que sirvan para garantizar la libertad, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos, deberán construirse sobre los cimientos del Estado constitucional y no, como a veces se puede tener la tentación, de espaldas a él. Como ya recordara hace muchos años Martin Kriele, el proceso de adaptación a los nuevos requerimientos

[22] Íd., pp. 129-130.

[23] Íd., p. 131.

[24] Íd., p. 137.

[25] Sin acuerdos globales y, en buena medida, sin instituciones de ámbito global resulta imposible afrontar muchos de los grandes retos que tiene nuestro mundo: piénsese, por citar solo unos ejemplos evidente, la defensa del medio ambiente, el uso adecuado de internet y ahora la inteligencia artificial o las manipulaciones del ser humano que permiten los avances científicos.

supone «en los Estados constitucionales existentes, la conservación de lo ya alcanzado y la modificación paulatina»[26], no su abandono.

Se trata de una idea que creo sigue siendo muy actual y sobre la que ha llamado la atención Christian Somek en el citado libro *The Cosmopolitan Constitution*[27], saliendo al paso de la fuerte corriente de pensamiento que ve en el Estado nación el único obstáculo para el progreso humano, algo que para él tiene el riesgo de robar al constitucionalismo su núcleo político. Para evitarlo, propone concebir la Constitución cosmopolita como una Constitución nacional que somete su funcionamiento a la supervisión de instituciones internacionales[28].

Sea o no esa la fórmula que requieren los desafíos actuales, lo que parece claro es que la solución pasa por respetar los valores que están en la base del constitucionalismo y no por su supresión. Y por ello mismo, la necesaria atención a las especificidades de determinados grupos, sobre todo si han sido habitualmente objeto de discriminación, debe compaginarse con la preservación de la idea de un pueblo unido por los mismos lazos. Lo contrario, no solo lleva a un debilitamiento de la misma idea de pueblo o nación, sino también al cuestionamiento de la universalidad de los derechos e incluso, como está sucediendo, a entender estos como una imposición de Occidente al resto del mundo. Por otra parte, insistimos, sin una igualdad sustancial de derechos no parece posible la existencia del Estado constitucional democrático[29].

4. La soberanía del individuo

El último punto que quisiera tratar es algo a lo que he dedicado ya alguna atención desde la perspectiva de los derechos, pero que entiendo resulta también relevante desde la óptica que se adopta en estas páginas. Me refiero a la tendencia, intensificada también en estas últimas décadas, a colocar como valor primordial la autonomía personal o autodeterminación o, en términos de nuestro artículo 10.1 CE, el libre desarrollo de la

[26] Kriele, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado.* Traducción de Eugenio Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 192.

[27] Somek, Christian, *The Cosmopolitan Constitution*, cit. Esa idea central de la obra se expone ya en el *Prefacio*.

[28] En esta dirección apuntan los trabajos de Rafael Domingo sobre la necesidad de un *Derecho Global*. Véase, por todos, Domingo, Rafael, *The New Global Law,* Cambridge University Press, 2010, Cambridge, 2010.

[29] En este contexto, resulta de mucho interés recordar las consideraciones de García Pelayo al tratar del individualismo que está en la base del Estado democrático liberal. Hay que distinguir entre un «individualismo concreto o vital, que parte de los individuos como seres singulares, y, por consiguiente, de su desigualdad», y un «individualismo abstracto», que los concibe en su aspecto genérico, «como hijos de una misma carne y una misma sangre», «de la cual deduce su igualdad y homogeneidad sustanciales». Esa homogeneidad sustancial, señala García Pelayo, «sirve de punto de partida para que cada cual desarrolle la singularidad de su existencia individual» (García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, cit., p. 123).

personalidad. Una tendencia que podría parecer contraria a la preponderancia de los grupos a la que lleva, según acabamos de ver, la preocupación por las identidades pero que, en realidad, no lo es: por una parte, porque es compatible la exaltación sin límites de la autonomía individual con las exigencias derivadas de la identidad (pues ambas pueden acumularse). De otra, porque algunas identidades —sobre todo la identidad sexual— se plantean, además, como electivas y, por ello, manifestación del ejercicio de un derecho de autodeterminación previo.

Como ocurre con el reconocimiento de grupos anteriormente marginados, la proclamación de un derecho a la libre autodeterminación es en sí mismo algo no solo bueno, sino perfectamente coherente con nuestros catálogos de derechos, tanto constitucionales como los recogidos en los documentos internacionales. Buena parte de los derechos —en especial las libertades— no son sino concreciones de lo que se consideran aspectos más relevantes de esa autonomía: libertad de expresión, religiosa, de circulación, de asociación, etc. Pero incluso los derechos sociales se pueden entender, en buena medida, como una condición necesaria para poder disfrutar en realidad, y no solo sobre el papel, de los bienes garantizados por esas libertades[30].

Sin embargo, el entendimiento hoy día de ese derecho está yendo más allá. Se trata de un proceso cuyo origen puede encontrarse en la jurisprudencia americana de los años sesenta sobre el derecho a la privacidad (*right to privacy*), que posteriormente ha inspirado la interpretación cada vez más expansiva por parte del Tribunal de Estrasburgo del derecho a la vida privada del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que se está imponiendo también en muchos Tribunales Constitucionales nacionales[31].

El derecho a la vida privada no se entiende solo como la defensa de un ámbito de intimidad sino como el derecho a tomar libremente las decisiones sobre la propia vida. Muchas de ellas, como se acaba de señalar, están cubiertas ya por otros derechos fundamentales. Lo peculiar de la nueva interpretación es que incluiría otras manifestaciones no vinculadas con ninguno de los derechos formalmente reconocidos. Como hemos señalado, el origen de esta doctrina está en los Estados Unidos y es en cierto modo coherente con un entendimiento casi ilimitado de la libertad, en cuyo corazón está «el

[30] Es icónico en este sentido el segundo *Bill of Rights* impulsado por Roosevelt en el contexto del *New Deal*, en el que, junto a la libertad de expresión y la libertad religiosa, incluye la libertad frente a la miseria (*freedom from want*) y la libertad frente al miedo (*freedom from fear)*, sin las que es difícil hablar de verdadera autonomía. Véase, al respecto, el interesante libro de Sunstein, Cass, *The Second Bill of Rights. FDR'S Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, Basi Books, Nueva York, 2004.

[31] Me he ocupado con detenimiento de este tema en Gómez Montoro, Ángel J., «Vida privada y autonomía personal o una interpretación *passe-partout* del artículo 8 CEDH». Rubio Llorente *et al.* (coord.), *La Constitución Política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 617-650.

derecho a definir el propio concepto de existencia, de sentido del universo y del misterio de la vida humana» (*Lawrence v. Texas*)[32].

Esta forma de entender la vida privada (el *right to privacy*) ha tenido un especial desarrollo sobre todo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En *Pretty c. Reino Unido* (2003) afirmó que «aunque en ningún asunto anterior haya sido establecido que el artículo 8 comportara el derecho a la autodeterminación como tal, el Tribunal considera que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías del artículo 8». Y desde ese principio, ha declarado como contenidos protegidos por el derecho importantes manifestaciones de esa libertad iusfundamental como la integridad física y moral de la persona (*X. e. Y c. Países Bajos*, 1985); aspectos de la identidad física y social de un individuo (*Mikulic c. Croacia*, 2002), elementos tales como el nombre (*Burghartz c. Suiza*,1994), la identificación sexual, la orientación sexual y la vida sexual (*Dudgeon c. Reino Unido,* 1981; Sentencias B. contra Francia de 25 1992; *Burghartz c. Suiza,* 1994 y *Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido*, 1997), el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener un hijo (*Evans c. Reino Unido*, 2007) o el derecho a decidir el momento y el modo de acabar con la propia vida (*Haas c. Suiza*, 2012 y *Gross c. Suiza*, 2013). El Tribunal de Estrasburgo ha llegado a hablar de manera aún más genérica a un derecho al desarrollo personal (*Bensaïd c. Reino Unido,* 2001) y al derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (*Niemietz c. Alemania,* 1992, *Burghartz c. Suiza,* 1994 o *Friedl c. Austria,* 1994).

Esta misma visión parece imponerse en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, como se ha dicho, empieza a estar presente, asimismo, en la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales. Quizás el caso más paradigmático es la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23 de febrero de 2020, sobre la ley de eutanasia, que interpretó de manera extraordinariamente amplia el derecho al libre desarrollo de la personalidad que garantiza el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, hasta incluir en el mismo la decisión de privarse de la propia vida[33]. Y, de igual manera, nuestro Tribunal Constitucional ha identificado en las recientes STC 44/2023, sobre el aborto, y SSTC 19/2023 y 94/2023, sobre la eutanasia, un derecho a la autonomía personal

[32] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

[33] Esta sentencia rompe con el modo en que la jurisprudencia constitucional alemana venía aplicando el derecho al libre desarrollo de la personalidad *(freie Entfaltung der Persönlichkeit*) recogido en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Aunque *a priori* vendría a garantizar la protección de cualquier manifestación no incluida en otro derecho más específico (caso *Elfes* de 1957 y caso *Reiten im Wald* de 1989), su uso había sido muy moderado. En la nueva decisión, el Tribunal deriva del mismo, en conexión con la dignidad garantizada en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, un derecho a la autonomía y auto-determinación, formando parte del mismo que el individuo mantenga el control de su vida, incluida la decisión de poner fin a la misma. Un completo análisis de esta sentencia en Riquelme Vázquez, Pablo, «Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Político,* 109, 2020, pp. 295-325. Véase también Gómez Montoro, Ángel J., «El derecho a la vida. Viejos y nuevos debates», Aragón Reyes, Manuel; Valadés, Diego; Tudela Aranda, José (coords.), *Derecho Constitucional del siglo xxi: desafíos y oportunidades,* Fundación Manuel Jiménez Abad, Zaragoza, 2019, pp. 679 y ss.

basado tanto en el principio de libertad del artículo 1 CE como en el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE[34].

En otros lugares he señalado los peligros que, en mi opinión, encierra esta visión de los derechos[35]. A los efectos que ahora interesa, me detendré en uno de ellos: lo que supone de exaltación del individualismo. La autonomía se convierte en el valor supremo y sus manifestaciones —aunque en realidad no todas ellas, sino las que encajan en la corriente socio-política dominante— en derechos fundamentales oponibles frente a los demás y frente a bienes constitucionales de carácter colectivo. Y todavía se ha dado un paso más con la inclinación a identificar esa autonomía con la dignidad, algo más grave por la tendencia que tiene la dignidad a aparecer como valor absoluto[36].

Lógicamente no han faltado voces críticas ante esta visión de los derechos. Entre las primeras, la de la profesora de Harvard Mary Ann Glendon, que en su libro *Rights Talk* denunció el riesgo de un individualismo que se presenta como la «quintaesencia de la autonomía individual y el aislamiento»[37] y que pone el énfasis en el individuo, en cuanto ser aislado, más que en la persona con su dimensión social y, con ello, apenas deja espacio para el bien común y aún menos para la moral[38]. En la misma línea, apunta el reciente libro de Grégor Puppink, *Mi deseo es la ley*[39] o, entre nosotros, la obra de Fernando Simón, *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*[40].

---

[34] Esta visión se refleja de forma clara, por ejemplo, en el siguiente texto de la STC 19/2023: «Este tribunal ha señalado que la dignidad «es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985, FJ 8 y, en sentido similar, por todas, STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). Otro tanto puede decirse del libre desarrollo de la personalidad que «protege la configuración autónoma del propio plan de vida» (STC 60/2010, de 7 de octubre), radicando su sentido primordial en excluir determinadas trabas o interferencias públicas —acaso también, en algunos supuestos, intervenciones de las llamadas a veces «paternalistas»— que limiten o entorpezcan sin fundamento suficiente un desarrollo personal que la Constitución quiere «libre»: libre, ante todo, de la intervención del Estado (...). En suma, en nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza *prima facie* de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como «fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)» [FJ 6 C), b)].

[35] En particular en Gómez Montoro, Ángel J., «Vida privada y autonomía personal o una interpretación *passe-partout* del artículo 8 CEDH», cit., pp. 640 y ss. y Gómez Montoro, Ángel J., «¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?», cit., pp. 552 y ss.

[36] Como ocurre en los párrafos de las STC 19/2023 antes trascritos. Una visión crítica de esa reducción de la dignidad en Gómez Montoro, Ángel J., «¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad?», cit.

[37] Son palabras de Glendon, Mary Ann, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, Nueva York, 1991, p. 59.

[38] Así lo señaló tempranamente, tras la sentencia *Roe v. Wade,* Henkin, Louis, «Privacy and Autonomy», *Columbia Law Review*, vol. 77, 1974, pp. 1429 y ss.

[39] Puppinck, Grégor, *Les droits de l'homme dénaturé.* Les Éditions du Cerf. París, 2018 (traducción al español con el título *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza,* Encuentro, Madrid, 2020).

[40] Simón Yarza, Fernando, *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

Aunque posiblemente han influido también otros factores, parece difícil no compartir, al menos parcialmente, el análisis que lleva a cabo Mary Ann Glendon con motivo de los setenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos[41]. Los derechos, que eran un escudo que protegía, se convierten en una lanza que grupos opuestos se arrojan mutuamente[42]. De manera sintética apunta los elementos que, en su opinión, han llevado a esta crisis: «la proliferación de derechos y reivindicaciones de derechos conduce a un aumento de conflictos de derechos. La aproximación selectiva a los derechos suscita el riesgo de trivializar derechos que se veían como fundamentales. Las concepciones altamente individualistas de los derechos promovidas por tantos activistas han dado nuevo vigor a viejos desafíos a la universalidad de los derechos humanos. La actuación de instituciones supranacionales ha suscitado preocupaciones con respecto a la falta de trasparencia, responsabilidad y frenos y contrapesos de estos organismos»[43]. Sin perjuicio de que algunas de las afirmaciones puedan ser matizadas, parece difícil negar que los derechos —al menos algunos de ellos— se han convertido hoy más en caballos de batalla que en elementos que unen: el alcance del derecho a la vida en la fase inicial y final del ser humano, la libertad religiosa o los derechos educativos son ejemplos de la situación denunciada por la profesora de Harvard.

5. La necesidad de reforzar lo que nos une como pueblo

Espero que haya quedado claro a lo largo de estas páginas que lo que las inspira no es el deseo de limitar los derechos fundamentales de las personas ni tampoco disminuir la protección de grupos que han sido históricamente discriminados. También soy consciente de que la polarización que, por desgracia, domina el panorama de casi todas las democracias, tiene su origen en una compleja pluralidad de causas y que sería una simplificación reducirlas a las aquí tratadas. Pero me parece difícilmente discutible que, en este momento histórico, hay un claro déficit de elementos aglutinadores y que son muchas más y mucho más fuertes las fuerzas centrífugas.

Como recuerda Ronsevallón «el proyecto democrático consiste tanto en instituir una sociedad de individuos iguales como en poner en práctica un régimen de soberanía colectiva». Y en esa «doble demanda de una mayor individualización, por un lado, y de un desarrollo del sentido de interés general, de otro»[44],

[41] Glendon, Mary Ann, «70 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos», *Nuestro Tiempo* (invierno 2019), pp. 104 y ss.

[42] Íd., p. 107.

[43] *Ibidem*.

[44] Rosanvallon, Pierre, *La legitimidad democrática Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, cit., p. 38.

parece bastante claro que la balanza está desequilibrada en la primera de las direcciones[45].

Son tiempos en los que —sin sacrificar por supuesto al individuo, cuya dignidad es la base del orden político y la paz social— debería ponerse el énfasis en esa «soberanía colectiva». Eso requiere, de un lado, recuperar aquellos valores que compartimos: es cierto que esto ya supone un reto pues, cada vez son más los valores no compartidos e, incluso, se aprecia un entendimiento diverso de aquellos que, en principio, sí lo son[46]. Pero, precisamente por ello, deberíamos apoyarnos en lo que es terreno común, evitando una continua expansión judicial de nuevos derechos que, como tales, suponen también un límite para otros derechos sí recogidos expresamente en la Constitución (un fenómeno agravado por la tendencia a fortalecer la eficacia horizontal de los mismos) y para bienes constitucionales, muchos de ellos de carácter colectivo.

De otro lado, parece necesario recuperar nociones clásicas que deberían servir para balancear esas otras fuerzas centrífugas en la sociedad. Me refiero a la noción— por otra parte, tan propia del Derecho— de interés general o la idea clásica de bien común. En esta línea apuntan algunos trabajos recientes; quizás el más conocido, el del catedrático de Harvard Adrian Vermeule, *Common Good Constitutionalism*, un libro sin duda muy sugerente en el que se defiende una vuelta a la tradición legal clásica como una vía que permita superar tanto el progresismo, que exalta la autonomía individual y rompe los lazos con la tradición, como una visión conservadora que pone el foco en el originalismo[47].

Sea de una u otra manera, parece urgente salir de una situación de polarización que está poniendo en riesgo nuestras democracias y ello requiere volver a presentarlas como un proyecto común, sin duda difícil porque debe de llevarse a cabo desde un legítimo pluralismo, pero en el que volvamos a encontrar un terreno compartido sobre el que organizar nuestra convivencia.

---

[45] Tocqueville, con su clarividencia, señaló ya hace casi dos siglos los peligros del individualismo: no solo erosiona las virtudes públicas y trasforma a los hombres en malos ciudadanos, sino que, en contra de lo que a primera vista podría parecer, termina facilitando el despotismo. «El despotismo, escribe, medroso por naturaleza, ve en el aislamiento de los hombres la mayor garantía de su propia duración (...). La igualdad sitúa a los hombres unos al lado de otros sin un lazo común que les sujete. El despotismo alza barreras entre ellos y los separa». Por el contrario, sigue diciendo Tocqueville, «tan pronto como se tratan en común los asuntos comunes, cada hombre se da cuenta de que no es tan independiente de sus semejantes como se figuraba, y comprende que para obtener su apoyo necesita prestarles asimismo su concurso» (Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, cit., vol. II, pp. 92 y ss.).

[46] Un buen ejemplo es el distinto entendimiento de la dignidad humana, fundamento mismo de los derechos. Pero lo mismo cabe decir sobre el alcance del derecho a la vida, la noción de familia o el papel del Estado y de los padres en el derecho a la educación, por citar solo unos ejemplos.

[47] Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, Medford, 2022. Aunque el libro está muy centrado en Estados Unidos y los debates sobre la interpretación constitucional en aquel país, cabe desde luego una lectura de mucho más alcance. Desde un enfoque distinto, véase también el libro de Simón Yarza, Fernando, *Ley natural y realismo clásico. Una defensa,* Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2022.

CAPÍTULO 5
SOBRE LA CONDICIÓN UNITARIA DEL TITULAR DE LA SOBERANÍA

Ignacio González García
(Universidad de Murcia)
Profesor Titular de Derecho Constitucional

1. Introducción

El trasfondo del tema que se plantea en este breve trabajo es, a todas luces, infinitamente complejo, con intrincadas implicaciones y derivadas que hacen —y mucho— a lo más nuclear de nuestra disciplina. Sólo con la libertad que da el formato de este tipo de publicaciones y avisando desde este mismo momento al lector de que el modo de abordar la cuestión es necesariamente incompleto, nos permitimos traer aquí algunas reflexiones que, junto a otras ausentes, entendemos deben considerarse a la hora de abordar los debates a los que inexcusablemente nos llevan determinados conflictos políticos recurrentes. Sin mayores pretensiones.

Se trata, en realidad, de una reivindicación sobre la relevancia de atender a categorías que, en los últimos tiempos, han perdido notable protagonismo en el ámbito doctrinal, so pretexto del carácter indudablemente evolutivo de la idea de Constitución, pero que siguen siendo consustanciales al objeto de nuestro estudio, se sostenga la posición que se sostenga. ¿Qué mas da quién sea el soberano? O incluso, ¿qué más da qué sea *esa categoría trasnochada de la soberanía?* Son planteamientos que han llegado a calar en un sector no poco importante de la disciplina.

Sirvan estas pocas y modestas líneas para poner de manifiesto que, aún hoy (diría incluso que hoy todavía más que antes), resulta fundamental intentar definir qué es la soberanía, quién es el titular de la misma, cómo y por qué puede ejercerse y qué consecuencias se derivan de todo ello para el delicado equilibrio de poderes que caracteriza a todo Estado Constitucional.

2. Quién es el sujeto titular de la soberanía

La CE1978 alude de modo directo al sujeto titular de la soberanía en su preámbulo, en el artículo 1.2 y en el artículo 2, y lo hace con términos y fórmulas retóricas diferentes. Utilizando la expresión de Muñoz Machado, la Constitución emplea una *trilogía de sujetos fundantes*: «Nación Española», «España» y «pueblo español». Y todavía cabría añadir un cuarto, en la medida en que en el artículo 2 se califica a la Nación Española también de «patria común e indivisible». De todos esos modos se denomina al sujeto titular de la soberanía y, por tanto, del poder constituyente, separándolo claramente de esas otras «nacionalidades y regiones» carentes de tal poder[1]. Es comúnmente admitido que, como señalara Alzaga Villaamil, durante el proceso constituyente «hubo una asunción tácita» de que todas esas denominaciones «eran equivalentes y se aceptó una fórmula de compromiso» ya en el mismo preámbulo de la Norma Fundamental al afirmar allí que la «Nación Española [...] en uso de su soberanía» manifiesta su voluntad constituyente y «en consecuencia, las Cortes aprueba y el pueblo español ratifica la presente Constitución»[2].

No obstante, aunque fue clara la intención de señalar a un único sujeto como titular de la decisión constituyente, es casi obligado dedicar algún esfuerzo a salir de este enredo terminológico en el que parecen meternos involuntariamente las primeras líneas del Texto Constitucional. Y lo hizo ya —con todo acierto, a mi criterio— Aragón Reyes cuando señaló que los términos *nación* y *pueblo* había que considerarlos necesariamente distintos, por cuanto en el artículo 2 la Nación española se identifica con *la patria*, que

[1] Muñoz Machado, Santiago: «Cuando la Constitución alude al sujeto constituyente, se refiere en el preámbulo a la *nación española*, a la que imputa el deseo de establecer, *en uso de su soberanía*, los valores y garantías que la Constitución impone. Esta formulación es la más concordante con la utilizada en otras Constituciones históricas: la nación española como soberana. En el artículo 1, sin embargo, se usa el concepto de España como sujeto constituyente, y también, en el párrafo 2º, se hace residir la soberanía nacional en el pueblo español. Con lo cual se completa el empleo de una trilogía de sujetos fundantes: *nación española*, *España*, *pueblo español*. La posición, en este marco constitucional, de las nacionalidades y regiones es la mencionada en el artículo 2, ya comentado: son reconocidas y garantizadas a partir de la Constitución, pero ni ésta se apoya en aquéllas ni se considera que las nacionalidades tengan ningún residuo de poder constituyente», en *El problema de la vertebración del Estado en España. Del siglo XVIII al siglo XXI*, Iustel, Madrid, 2006, p. 363.

[2] Alzaga Villamil, Óscar, «Preámbulo». En Pérez Tremps, Pablo, y Sáiz Arnáiz, Alejandro (dirs.), *Comentario a la Constitución Española. Cuarenta aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 103. Este mismo autor ya destacó muy tempranamente, en relación con el valor de esa fórmula para denominar al titular de la soberanía en el preámbulo de la Constitución, lo siguiente: «Nuestro preámbulo resume o incorpora ideas que están plasmadas en forma dispositiva en numerosos artículos de nuestra Constitución, [...] en la que el poder constituyente, que emerge en el preámbulo como autor de esa gran norma de normas (la nación española... en uso de su soberanía). [...] Estamos ante un texto sin fuerza jurídica de obligar en términos directos, aunque de gran valor declaratorio-político, [...] el preámbulo, en cuanto declaración solemne de intención que formula colectivamente el poder constituyente, se sitúa en lugar muy destacado entre los elementos de que puede servirse el Tribunal Constitucional y los jueces y Tribunales ordinarios a la hora de la búsqueda de una interpretación auténtica de un determinado precepto de la Constitución», en *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones Foro, Madrid, 1978, pp. 68-69.

es *de todos los españoles.* De modo que, «si la patria *es* de los españoles, la patria *no son* los españoles». La Nación no es el pueblo, sino «una entidad que trasciende lo puramente demográfico, adquiriendo dimensiones histórico-culturales y simbólicas, pues integra a los españoles del presente, pero también a tradiciones e instituciones [...] del pasado»[3]. La soberanía, pues, no se atribuye a la Nación como tal, ni se atribuye al pueblo sin más. La soberanía se califica de *nacional* y se atribuye al pueblo español.

Se ha pretendido así encajar la visión clásica del concepto de soberanía en un modelo constitucional inequívocamente presidido por el principio democrático, en el que «la voluntad de esa nación sólo pueden expresarla, jurídicamente, los españoles vivos, esto es, en cada momento, el pueblo español, que resulta ser el titular de la soberanía»[4]. Lógicamente, el traslado de la titularidad de la soberanía de un único individuo (el monarca) a un sujeto colectivo (la nación) obliga a entender a este nuevo titular de la soberanía como cuerpo unitario, capaz de expresar una sola voluntad, lo que exige hoy pleno sometimiento a las reglas y los procedimientos propios del principio democrático[5]. Y, siendo el Estado constitucional también —y sobre todo—, Estado de Derecho resulta asimismo inexcusable la «juridificación de la democracia, y por ello la necesidad de concebir jurídicamente (y eso significa limitadamente) a la propia soberanía», lo que, no obstante, no convierte a la propia Constitución en fuente originaria de soberanía, esto es, no la hace soberana[6]. Únicamente así entendida, la idea de soberanía como *unidad decisoria universal para un territorio*[7], es no sólo compatible sino todavía imprescindible para el cabal entendimiento del Estado constitucional[8].

---

[3] Aragón Reyes, Manuel, «Artículo 1». En Casas Baamonde, María Emilia, y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2008, p. 37.

[4] Aragón Reyes, Manuel, «Artículo 1», *op. cit.*, p. 37.

[5] Ramón Punset Blanco ha defendido que ese traslado del poder soberano no se hace a la nación/al pueblo sino al Estado: «La formulación revolucionaria del dogma de la soberanía nacional pretendía conciliar la idea de la *summa potestas* del Estado, heredada de la doctrina de Bodino y los demás teóricos de la Monarquía absoluta, con la libertad individual mediante el establecimiento de una determinada estructura constitucional. A esa finalidad se dirigía la desposesión del monarca de su condición de soberano y la atribución de la titularidad de la soberanía a un ente colectivo y abstracto cuyo carácter de sujeto prejurídico resultaba producto de una ficción. Como ficticia era asimismo la traslación a dicho sujeto del poder supremo antes detentado por el Rey. No es la nación, en efecto, sino el Estado el sucesor de la *supremitas regia*. La soberanía nacional no consiste en ninguna *potestas normandi*, ni encierra poder alguno de cualquier otra clase», en «En el Estado constitucional hay soberano. Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 1, 1998, p. 338.

[6] Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, Democracia y Control*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 14-15.

[7] Heller, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, p. 214.

[8] De modo opuesto lo ha entendido Aláez Corral, Benito, «Cómo hacer compatible la afirmación de la soberanía del ordenamiento jurídico, encarnada en la Constitución en tanto su norma cúspide y articulada desde su procedimiento de reforma constitucional, con el hecho de que el propio texto constitucional refiera la soberanía nacional al pueblo español. ¿Reside en el Pueblo español realmente la disposición sobre la *autorreferencialidad* y sobre la *positividad* de nuestro sistema jurídico, y, de ser así, cómo se compatibiliza esto con la existencia diferen-

Seguramente ha sido Solozabal Echavarria quien mejor y más profusamente ha explicado el distingo entre nación y pueblo, a los efectos que aquí interesan. Así, la nación sería «una colectividad o persona moral, cuyos intereses define y actúa su representación, mientras que el pueblo es el colegio integrado por los ciudadanos o nacionales con sus derechos políticos», de modo que el *pueblo español* es «la manifestación histórica, concreta» de la *nación española*, es «la generación nacional viva, constituida democráticamente». Y es en esa generación nacional viva donde nuestra Constitución residencia la soberanía de forma «exclusiva, indivisible y originaria», en la medida en que se trata de un sujeto único, «suma de todos los (ciudadanos) españoles, y no agregado del conjunto de sus pueblos o comunidades étnico-culturales existentes»[9]. El soberano es el pueblo español, no los pueblos de España. Un sujeto único y homogéneo, en cuya indisoluble unidad nacional se fundamenta la Constitución misma.

Estamos, en definitiva, ante un concepto de nación en sentido jurídico-político o jurídico-constitucional, si se prefiere[10]. Así lo ha entendido también nuestro Tribunal Constitucional en su ínclita STC 31/2010, de 28 de junio:

---

ciada socialmente de nuestro sistema jurídico? [...] La autorreferencialidad no puede venir garantizada heterorreferencialmente por un sujeto cuyo modo de existencia no sería el característico del sistema jurídico. [...] La única manera de hacer una interpretación constitucionalmente adecuada del artículo 1.2 CE es hacer compatible la soberanía nacional del pueblo español que aquél contiene con la soberanía del ordenamiento. [...] La soberanía no es una cualidad política de un sujeto, plasmada en una supuesta capacidad normadora, sino que es una cualidad del sistema jurídico que le permite diferenciarse del medio, tanto funcional como estructuralmente, y que se encarna en la Constitución. [...] El dogma de la soberanía nacional del pueblo español encaja perfectamente en esta función, sin tener que recurrir a expedientes legitimadores axiológicos o carismáticos. Su afirmación es compatible con la dogmatización autorreferencial y positiva del sistema jurídico y de su Constitución. Basta que se entienda en términos de estructuración de la creación normativa. La localización en el Pueblo del origen o titularidad de todos los poderes del Estado no tendría, así, otra función sino la de establecer que el origen de la creación normativa se ha de reconducir a los individuos que el propio ordenamiento defina en cada momento histórico como integrantes del concepto de Pueblo», en *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 295-298. *Vid.* de este mismo autor, el distingo entre el *ethnos* y el demos en la CE1978, en *Nacionalidad, Ciudadanía y Democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 107-112. *Vid.*, también sobre el modo de entender la soberanía, Bastida Freijedo, Francisco Javier, «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 1, 1998, pp. 381-460.

[9] Solozabal Echavarria, Juan José, «El problema de la soberanía en el Estado autonómico», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 1, 1998, p. 472.

[10] A ello se ha referido con claridad y acuerdo De Carreras Serra, Fracesc, «La Nación española mencionada en el artículo 2 CE se refiere indudablemente al sentido jurídico del término. [...] El pueblo del artículo 1.2 CE es, por tanto, el poder constituyente, y es idéntico al término *Nación española* y al de *patria común e indivisible de todos los españoles*. Así pues, pueblo, nación y patria, en la Constitución tienen el mismo significado: el de la nación jurídica», en «Artículo 2». En Muñoz Machado, Santiago (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución Española*, Cortes Generales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, pp. 24-25. El mismo autor lleva a cabo una perfecta síntesis de las categorías de nación en sentido político-jurídico y nación en sentido cultural y de la relación de ambas con el Estado democrático en «¿Nación Española o Estado plurinacional?». En Cano Bueso, Juan, y Escuredo Rodríguez, Ricardo, *La Constitución a examen: la reforma de la Constitución española. Estudios en homenaje a Alfonso Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 293-299.

> «[El término nación es] extraordinariamente proteico en razón de los muy distintos contextos en los que acostumbra a desenvolverse como una categoría conceptual perfectamente acabada y definida, dotada en cada uno de ellos de un significado propio e intransferible. De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa. Pero la nación que a efectos de nuestro trabajo importa es la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido la Constitución no conoce otra que la Nación española, con cuya mención arranca su Preámbulo, en la que la Constitución se fundamenta (art. 2 CE) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2), se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución Española»[11].

Y, concretamente, la primera y más relevante manifestación de la condición de sujeto soberano es la disposición del poder constituyente. En esto consiste, esencialmente, la soberanía, en la capacidad de decidir la propia configuración política. Sólo el soberano posee poder constituyente, siendo éste, el poder de darse una Constitución, «el poder por antonomasia»[12]. Nuestra Constitución es, pues, el resultado de la decisión constituyente de ese sujeto unitario que es la Nación española, expresada por el pueblo español. Eso es lo que se nos advierte en el preámbulo y en los artículos 1.2 y 2 de la misma. Así lo recordó ya tempranamente el Tribunal Constitucional al establecer que «[la Constitución] no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores»[13].

Y no sólo eso. Las dos características esenciales que el Texto Constitucional reconoce (como preexistentes) y atribuye (por decisión normativa) al sujeto unitario Nación española, como titular de la soberanía, son su indisolubilidad e indivisibilidad. Lo cual resulta de todo punto incompatible con el eventual reconocimiento constitucional del derecho de autodeterminación de cualquier fracción territorial de este sujeto soberano. Lo vuelve a expresar mejor que yo Solozabal Echavarria:

> «La radicación exclusiva e indivisible de la soberanía en el pueblo español supone la imposibilidad de que el ejercicio del poder constituyente pueda ser atribuido a

[11] *Vid.* un interesantísimo debate sobre esta cuestión en la segunda pregunta encuesta sobre nación y supranacionalidad («¿Cuál es, en su opinión, la relación actual entre los conceptos de Constitución y Nación?») que responden Aláez Corral, Benito; Biglino Campos, Paloma; Blanco Valdés, Roberto; castellá andréu, Josep María; López Basaguren, Alberto, y Seijas Villadangos, Esther, en *Teoría y realidad Constitucional*, 47, 2021, pp. 29-37.

[12] Solozabal Echavarria, Juan José, «Artículo 2». En Casas Baamonde, María Emilia, y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2008, p. 54.

[13] STC 76/1988, de 26 de abril.

> una fracción del mismo, quedando excluida por tanto de su parte cualquier pretensión a la autodeterminación. El ejercicio del derecho de autodeterminación implicaría la posesión por la fracción ejerciente de un derecho de soberanía que aparece negado por el carácter indivisible de la misma y su residencia exclusiva en el conjunto del pueblo español»[14].

Así, como apuntábamos al comienzo, la peculiar redacción del artículo 1.2 atribuyendo la soberanía *nacional* al *pueblo* español se entiende mejor puesta en conexión con la lógica del artículo 2, esto es, con la indubitada voluntad de los constituyentes de remarcar con toda claridad que la soberanía ni proviene que de varios sujetos que pactan una Constitución, ni será después predicable de las Comunidades Autónomas que pudieran constituirse[15]. Consecuentemente, la condición de indisoluble e indivisible que la Constitución atribuye a la Nación Española no está referida exclusivamente al Estado en cuanto tal -que también- sino al propio sujeto constituyente[16].

3. Su indisolubilidad e indivisibilidad: fundamento y primer mandato de la CE78

Indisolubilidad e indivisibilidad no son tan sólo cualidades esenciales de la Nación, sino que, según afirma la propia Constitución, son el fundamento mismo de la decisión constituyente. El Texto Constitucional se refiere a la *indisoluble unidad de la Nación*

[14] Solozabal Echavarria, Juan José, *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 74.

[15] En este sentido, Ruipérez Alamillo, Javier, «La justificación de este precepto se debe encontrar, entonces, en causas puramente políticas, y que, en último extremo, se descubren cuando el artículo 1.2 se pone en relación con el artículo 2, en el que se reconoce el derecho a la autonomía de la nacionalidades y regiones que integran la Nación Española. En este sentido, debe recordarse que existe un amplio acuerdo en la doctrina en entender que al calificar como *nacional* la soberanía, por una parte, y atribuir ésta al Pueblo, por otra parte, lo que el constituyente pretendía era poner claramente de manifiesto que la soberanía pertenece al Estado español, y no a las Comunidades Autónomas que pudieran constituirse», en *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, p. 201.

[16] Con total elocuencia lo ha explicado López Basaguren, Alberto, «La reiterativa referencia del artículo 2 a la indisolubilidad de la Nación española solo puede ser interpretada en el sentido de indivisibilidad del Estado y consiguiente inexistencia de cualquier otra titularidad de la soberanía que no sea la del pueblo español, en su conjunto. Es decir, más allá de las palabras utilizadas, la Constitución se sitúa plenamente, sin resquicio alguno, en el ámbito de las Constituciones democráticas contemporáneas que se asientan sobre el principio de soberanía popular cuyo titular es el pueblo que está en la base del Estado; como no podía ser de otra forma. En este sentido, la Constitución utiliza el término Nación en el sentido de pueblo o de Estado, según los casos. En mi opinión, por tanto, sobre la base del uso del término Nación en la Constitución no cabe articular una construcción jurídico-constitucional distinta de la de los sistemas constitucionales de nuestro entorno en el sentido de soberanía popular, por una parte, e indivisibilidad del Estado, por otra; una y otra, características presentes, de forma expresa o tácita, en las Constituciones de todos los países de nuestro ámbito jurídico-político», en «Encuesta sobre nación y supranacionalidad». *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 2021, p. 42.

Española, patria común e indivisible de todos los españoles, como principio legitimador[17]. De nuevo ha sido Solozabal quien, a mi criterio, ha centrado mejor la cuestión. Según este autor, la Nación española —y, concretamente, su indisolubilidad e indivisibilidad— es principio legitimador de todo el ordenamiento jurídico por cuanto esa nación es un «*prius* sociológico y emotivo anterior y superior a la propia Constitución», siendo ésta «justamente el producto de la voluntad de la nación en el ejercicio de su poder constituyente»[18].

Así, la España a la que alude la Constitución sería «el resultado o precipitado de una Historia en común, un espacio homogéneo de condensación de la experiencia compartida de sus integrantes», rechazándose, por tanto, para su definición la referencia a un mismo origen étnico, una lengua privativa o unas instituciones comunes. Además, se reconoce «el elemento político como el conformador nacional», esto es, a diferencia de lo que ocurre en los procesos políticos convencionales, «es el Estado común el que ha hecho la Nación y no al revés», en la media en que «la convivencia política ha generado la comunidad cultural y el espacio económico nacionales, de modo que el factor político no es, pues, un mero reflejo de la homogeneidad socio-cultural, sino su verdadero agente»[19]. La unidad del Estado no reside en la existencia de autoridades comunes sino que es la «proyección política de la homogeneidad espiritual de una comunidad que se siente vinculada afectivamente con las estructuras políticas que ha adoptado»[20]. Al margen de las discrepancias que manifestaron los constituyentes sobre el propio concepto de nación y la concreta identificación de la misma, todos compartían esta convicción de que la única legitimidad posible era la nacional, de ahí la insistente retórica del artículo 2 CE.

Poca duda cabe, pues, acerca de que para los constituyentes de 1978 la existencia de una Nación española, indisoluble e indivisible, es previa a la decisión constitucional. En palabras de Lucas Verdú, «la Nación española soberana, el pueblo español soberano, son anteriores a cualquier normación e institucionalización jurídicas»[21]. Y no sólo es

[17] Para Sánchez Agesta, Luis, es por este motivo por lo que «aquí sí se da esa relación nación = organización política estatal, que ha sido la base de todas las especulaciones sobre la nación a lo largo del siglo XIX y sin duda se considera España como un factor de emotividad política suficiente para despertar el sentimiento de lealtad que es básico para toda legitimación del poder. Esta ecuación nación-Estado permite también establecer la ecuación nación española = España, que se menciona varias veces en la Constitución con una configuración imprecisa», en «Artículo 2. Las autonomías». En Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1999, p. 192.

[18] Solozabal Echavarria, Juan José, *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, *op. cit.*, p. 75. En este mismo sentido, si bien que con una literatura más exaltada, *vid.* Recuero Astray, José Ramón, *España y su futuro. Propuestas para fortalecer la Nación y reformar la* Constitución, Instituto de Estudios de la Democracia (CEU)-Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 38-39.

[19] Solozabal Echavarria, Juan José, *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, *op. cit.*, p. 102.

[20] Solozabal Echavarria, Juan José, *Las bases constitucionales del Estado autonómico, op. cit.*, p. 76.

[21] Lucas Verdú, Pablo, «Artículo 1. Estado social y democrático de Derecho». En Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1999, p. 129.

previa, su unidad es fundamento y *primer principio* —en sentido aristotélico— de la Constitución. La unidad nacional plasmada en el artículo 2 CE sería, pues, «el reconocimiento jurídico de una ciudadanía cívica que no puede dividirse salvo que se acepte destruir todos los valores republicanos que comparte, [...] pues es un valor republicano en sí mismo»[22]. Esta circunstancia, salvo que se pretenda forzar *ad absurdum* la literalidad misma del Texto Constitucional, no debe ser objeto de discusión[23].

Pero, siendo incuestionable que la indisoluble unidad de la Nación es precondición y fundamento de la propia Constitución, ello no significa que tal cualidad quede exclusivamente en el mundo de lo prejurídico, de lo meta o supra positivo. La afirmación del artículo 2 de la Constitución no es únicamente el reconocimiento de una realidad previa sobre la que asentar la manifestación de voluntad del constituyente, sino que, precisamente a través de esa incorporación al texto de la Constitución, adquiere, además, el carácter de decisión constitucional positiva. Esto es, la Nación española y su indisoluble naturaleza preceden en el tiempo a la Constitución, pero también es decisión del soberano *constituir* esa realidad extrajurídica y transformarla en mandato positivo de la Norma Fundamental. Al margen de su preexistencia, es también voluntad del constituyente de 1978 dotar a la Nación española de la condición de indisoluble[24].

Así, pues, de inicio, vaya por delante mi parecer de que en modo alguno es incompatible la condición de fundamento previo con la de primera decisión normativa del constituyente[25], con todas las relevantes consecuencias que de ello se derivan, como, por ejemplo, que los argumentos contrarios a entender que el artículo 2 CE establece un

[22] Bastarreche Bengoa, Tomás, «Patriotismo, nacionalismo, ciudadanía y el artículo 7 del TUE. El abrazo de los vivos». En Aragón Reyes, Manuel *et al*. (dirs.), *La Constitución de los Españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarria*, Fundación Manuel Giménez Abad-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, pp. 325-342.

[23] Cuestión distinta es, por supuesto, qué concretas consecuencias podríamos anudar a ese dato incontrovertible. ¿Es jurídicamente inocuo que la Constitución afirme estar fundada en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles? Evidentemente, no. Y a muy diferentes efectos. Pero, como advertimos en la introducción, no es —ni podría ser— objeto de este trabajo profundizar en ellos.

[24] Por decirlo en palabras de Schmitt, la indisoluble unidad sería, a la vez, *fundamento* y *voluntad política* del *ser político*: «Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *ser* político, acerca del modo y forma del propio ser. La palabra *voluntad* denuncia —en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta— lo esencialmente *existencial* de ese fundamento de validez. El poder constituyente es voluntad política: ser político concreto». Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 3.ª reimpresión, 2019, p. 124.

[25] De Carreras Serra, Francesc entiende también que se trata de una decisión normativa del constituyente, si bien niega, precisamente por ello, su carácter de presupuesto de la decisión constitucional y, como consecuencia, su condición de límite implícito a la reforma de la Constitución: «La Unidad de España no es un presupuesto de la Constitución, aunque una interpretación literal del artículo 2 CE nos pueda confundir. En efecto, el primer inciso de este artículo dice: *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española [...]*. Algunos autores, mediante una interpretación literal y descontextualizada, han considerado que la redacción de este precepto establece que la unidad es un presupuesto de la Constitución, con lo cual no puede ser objeto de reforma. No nos parece acertada esta interpretación ya que, como hemos argumentado, toda la Constitución puede ser reformada y la expresión *se fundamenta*, producto como toda ella de la voluntad del constituyente, puede ser modificada en la misma medida que el resto y no es, por tanto, presupuesto de la Constitución sino parte de la misma»,

límite a la reforma de la Constitución basados en la autorreferencialidad y positividad del Texto Constitucional decaerían. La indisolubilidad y la indivisibilidad del sujeto soberano son mandato expreso de la Constitución, además de precondición de la misma. Y no estamos ante un mandato constitucional *ordinario*. Su ubicación en el Título Preliminar de la CE78 revela que tienen también la condición de premisa primera o mayor de otras decisiones constitucionales que le siguen. Nuestra Constitución no sería la que es —especialmente en sus Títulos VIII y X— si esa premisa no existiera o se hubiera configurado de un modo distinto. El régimen de la autonomía política de las nacionalidades y regiones viene absolutamente condicionado por esta primera decisión: hay autonomía porque hay unidad indisoluble e indivisible[26]. Del mismo modo, la lectura del régimen de la reforma constitucional y, en particular, del alcance del procedimiento de revisión *total* prevista en el artículo 168 hay que hacerla necesariamente a la luz de lo previsto en el artículo 2 y no al revés, como viene haciendo de forma casi unánime nuestra doctrina.

Como en los primeros años ochenta nos advirtiera Garrorena Morales, las Constituciones habitualmente contienen una serie de *predicados básicos*, puntos de partida nomotéticos, que operan «en un proceso de autodefinición a través del cual el Estado correspondiente expresa las que considera sus opciones fundamentales y primeras». Son estas opciones «el núcleo en el que queda anudada la coherencia última del sistema constitucional», de todo el conjunto del sistema constitucional. Es lo que el autor denominó con acierto «la Constitución de la Constitución»[27]. La especial trascendencia de estos preceptos se manifiesta en diversos planos claramente conectados:

En el plano categorial o «de fundamentación última del sistema» porque desde esas primeras calificaciones «debe quedar informado el resto del ordenamiento jurídico, incluso, lo que sin duda necesita ser advertido, el propio ordenamiento constitucional», ya que —sigue señalando Garrorena— una norma constitucional «contraria a tales premisas plantearía de plano [...] el problema de la *constitucionalidad* o *inconstituciona-*

---

en «El derecho a no decidir pero sí a salir del maldito embrollo». En Solozabal Echavarria, Juan José (ed.), *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2014, p. 86.

[26] Al respecto, Blanco Valdés, Roberto, «Y es que la autonomía existe porque existe la unidad, sin la cual la autonomía resulta simple y sencillamente inconcebible: la unidad es el presupuesto, lógico y político, de una autonomía que ha sido en España el punto de llegada del proceso descentralizador y no, como ha ocurrido en la mayoría de los Estados federales, el punto de partida que ha conducido, tras el correspondiente proceso de vertebración territorial, a la construcción de una unidad política estatal formada por territorios previamente soberanos», en *La Constitución de 1978*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 111.

[27] Garrorena Morales, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1980, pp. 14-15. Lucas Verdú, Pablo se ha referido también a este conjunto de mandatos constitucionales como «la fórmula política de la Constitución», «quintaesencia de la Constitución», «autoconciencia de la Constitución», «normas de apertura que refundan el Estado» o «afirmaciones supraconstitucionales», en «Título Preliminar» y «Artículo 1. Estado social y democrático de Derecho». Ambos capítulos en Alzaga Villaamil, Óscar dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1999, pp. 80-81, 99 y 104.

lidad de la propia Constitución en el tramo así distanciado de tales constitutivos puntos de partida»[28]. Y en el plano de la hermenéutica jurídica, en la medida en que tales premisas básicas para la construcción del sistema «devienen presupuesto inexcusable (netamente privilegiable) a la hora de interpretar el sentido de cualquier norma inmersa dentro del ordenamiento que presiden»[29], también, a mi juicio, de cualquier otra norma de rango constitucional.

Así lo ha expresado igualmente, con la lucidez que acostumbra, Solozabal Echavarria, quien ha puesto igualmente el acento en la posición prevalente de los preceptos ubicados en el Título Preliminar —y, particularmente, el art. 2— a la hora de realizar una interpretación armónica y coherente del conjunto de los mandatos del Texto Constitucional, porque de ese modo lo ha querido el constituyente:

> «[El artículo 2 es] un precepto situado en el Título Preliminar, donde se contiene la definición del sistema jurídico del Estado español, [...] de la Constitución positiva o el conjunto de decisiones capitales sobre la forma política que se ha dado el pueblo español. La atribución de este significado al Título Preliminar es entonces una consecuencia de una visión sistémica de la Constitución Española, cuya coherencia dependería sustantivamente de la asunción de la base valorativa e institucional establecida en el Título Preliminar, de manera que *este se proyectaría, desde tal punto de vista, en el resto de la Constitución, a la que informaría en congruencia con su contenido*. Pero la condición basilar y fundante del Título Preliminar no sólo es un atributo que le reconoce el intérprete, sino que ha querido el constituyente. Así, el Título Preliminar encabeza la Constitución, cuyas partes dogmática y orgánica no sólo antecede, sino que, en el sentido que hemos indicado, preside»[30].

De esta misma manera lo ha venido entendiendo nuestro Tribunal Constitucional, que ha señalado en reiteradas ocasiones que la Constitución «no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos», sino, muy al contrario, es «precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política», el cual se encuentra «recogido y orientado a su vez por la proclamación de su artículo 1 [entre otros]», a partir de los cuales debe «resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles»[31].

---

[28] Garrorena Morales, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, *op. cit.*, p. 16. Muy crítico con esta tesis, Bastida Freijedo, Francisco Javier, «La doctrina de la sustitución constitucional». En Aláez Corral, Benito (coord.), *Reforma Constitucional y defensa de la democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 86.

[29] Garrorena Morales, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, *op. cit.*, p. 17.

[30] Solozabal Echavarria, Juan José, «Artículo 2». En Casas Baamonde, María Emilia, y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2018, pp. 61-62. Las cursivas son mías.

[31] Por todas, STC 206/1992, de 27 de noviembre.

Asimismo, el Consejo de Estado ha ahondado en esta dirección en su conocido informe de 2006 sobre la reforma constitucional. En ese documento, respondiendo a la consulta gubernamental referida a los límites constitucionales a las transferencias competenciales a la Unión Europea, el Alto Órgano Consultivo identificó tales límites con los «principios y valores enunciados en el Título Preliminar» de la Constitución, en el entendido de que el «límite infranqueable» se encuentra allá donde «no cabe ir sin que el Estado deje de existir, límite que constituye la garantía de la continuidad misma de la existencia del Estado»[32]. Recuerda el Consejo de Estado que la Constitución debe garantizar siempre «la permanencia de la esencia de la estatalidad española» y que la propia Unión Europea está fundamentada en esa garantía. Tan es así que el artículo I-5.1 del fallido Tratado por el que se pretendía establecer una *Constitución para Europa* establecía que esa futura Unión Europea habría de respetar, en todo caso, la «identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros, [así como] las funciones esenciales del Estado, *especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial*»[33]. De este modo, el Consejo de Estado recomendaba que una eventual *cláusula europea* que se incorporara a la Constitución debía incluir expresamente los límites de esa integración. Y, a tal efecto, proponía un nuevo artículo constitucional cuyo primer apartado dispusiera expresamente lo siguiente:

> «España participa en el proceso de integración europea y, con este fin, el Estado español, *sin mengua de los principios consagrados en el Título Preliminar*, coopera con los demás Estados miembros a través de instituciones comunes en la formación de una unión comprometida con el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales»[34].

Tradicionalmente, se ha identificado al Título Preliminar en su conjunto como el lugar donde el constituyente ha plasmado esa *Constitución de la Constitución*, si bien es evidente que no todos los preceptos incluidos en esa parte del Texto Fundamental deben tener tal consideración. De lo que no hay duda es de que tanto el artículo 1.2 como el artículo 2 CE responden a esa naturaleza. Es más, de entre lo que comparten tal condición, quizá sean los más relevantes por cuanto configuran el basamento de toda la estructura constitucional[35].

---

[32] Rubio Llorente, Francisco, y Álvarez Junco, Javier (dirs.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos,* Consejo de Estado-CEPC, Madrid, 2006, p. 80.

[33] Rubio Llorente, Francisco ,y Álvarez Junco, Javier (dirs.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, *op. cit.,* p. 102. Las cursivas son mías.

[34] Rubio Llorente, Francisco, y Álvarez Junco, Javier (dirs.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, *op. cit.,* p. 112. Las cursivas son mías.

[35] En esa misma línea, ha señalado Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel que el Título Preliminar «opera como una *norma de normas* que da coherencia y consistencia al conjunto del sistema, que le suministra sus

Así las cosas, dejaremos aquí tan sólo apuntado que la ubicación sistemática de tales preceptos en el Título Preliminar de la Constitución habría de ser atendida, por ejemplo, a la hora de intentar superar la aparente contradicción que se plantea entre el artículo 2 CE (la Nación española es indisoluble e indivisible) y el artículo 168 CE (todos los preceptos de la Constitución, también los del Título Preliminar, son revisables), esto es, a la hora de determinar si lo previsto en el artículo 2 es o no un límite material a la reforma de la Constitución.

4. La relevancia de la delimitación de ambas categorías

La mayor parte de la doctrina de nuestro país ha entendido que la alusión al carácter también «indivisible» de la Nación nada nuevo, diferente o complementario añade a su primera calificación somo «indisoluble». Ambos asertos se entienden como «sinónimos»[36], como «retórica redundancia» o como «lenguaje catárquico sin valor normativo [...] que se agota en sí mismo».

A mi juicio, la *indivisibilidad* no es un calificativo ajeno, pero sí separado y distinto del relativo a la *indisolubilidad*[37]. Se trata de dos categorías perfectamente diferenciables y no equivalentes. Quizá quien, con intención distinta a la nuestra, primero advirtiera de la pertinencia de deslindar ambas fuera Torres del Moral:

> «En un principio se interpretó como un desliz del constituyente el hablar de *indisoluble* unidad de la nación española. Acaso un prurito literario le hizo utilizar este término por no repetir dos veces *indivisible* en el mismo precepto. Al cabo del tiempo ha resultado un acierto. La desaparición de la URSS ha puesto de relieve que una cosa es la división de un Estado y otra su disolución. La URSS no se ha dividido:

bases y que adopta decisiones fundamentales sobre la organización política y jurídica en ejercicio directo de la soberanía, en su visión clásica, de competencia de competencias y de poder originario determinante del poder y de su alcance. Suministra, asimismo, unos elementos axiológicos como contexto en el que se han de mover y actuar los poderes públicos, las instituciones jurídicas y la ciudadanía»; sin embargo, aunque todos sus preceptos cuentan con la misma protección reforzada, «no todos los artículos incluidos en el Título Preliminar tienen el mismo peso y alcance en cuanto configuración de las bases y fundamentos del sistema político y a su necesario desarrollo en el resto del texto constitucional, y entre todos ellos tienen la mayor relevancia los dos primeros artículos, que son el auténtico basamento de toda la estructura constitucional», en «Título Preliminar». En Casas Baamonde, María Emilia, y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2008, pp. 11-12.

[36] Así, por ejemplo, Alzaga Villaamil, Óscar, en *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978., p. 970.

[37] Herrero de Miñon, Miguel en «Preámbulo». En Casas Baamonde, María Emilia, y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Wolkers Kluwer, Madrid, 2008, pp. 6-7.

> se ha disuelto. Así, pues, el término indisoluble ha resultado ser mucho más preciso de lo que acaso pretendió el constituyente»[38].

Ya en el Informe del Consejo de Estado de 2006 sobre la propuesta gubernamental de modificación de algunas partes de la Constitución se apuntaba también la idea de que no hay reiteración cuando la Constitución habla de indisolubilidad e indivisibilidad, hasta el punto de recomendar el mantenimiento en su actual literalidad de esa primera parte del artículo 2 CE78:

> «La referencia al derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones sirvió a los constituyentes de vía para introducir en la Constitución la idea de lo que se ha llamado la España plural, una Nación única e indivisible, pero integrada por partes diferenciadas. A juicio del Consejo de Estado es imprescindible mantener incólume esta idea [...]. Las modificaciones que han de introducirse en el artículo 2 no afectan en modo alguno a la primera parte del precepto; es decir, a la afirmación de que *la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*»[39].

Más recientemente, Vírgala Foruria ha señalado -certeramente, en mi opinión- que la indivisibilidad quebraría con una hipotética secesión, pero no necesariamente la indisolubilidad:

> «Se mantiene la unidad de lo previo y la unidad de lo posterior [en caso de secesión de una parte del territorio]. La soberanía sigue perteneciendo al conjunto del pueblo español que permite en un momento dado, y por los procedimientos constitucionales establecidos, que los ciudadanos de un determinado territorio decidan la separación, reestructurándose en ese momento la unidad del Estado a la nueva situación»[40].

A mi criterio, un eventual reconocimiento constitucional del derecho a la autodeterminación sí sería incompatible con la prescripción de la indisoluble unidad de la Nación, pero no en el supuesto de que una reforma de la Constitución decidiera la secesión directa de un territorio concreto. Esa secesión estaría proscrita no por la indiso-

---

[38] Torres del Moral, Antonio, «Valores y principios constitucionales. Preámbulo, preceptos del Título Preliminar y artículo 10.1», *Revista de Derecho Político*, 36, 1992, p. 23.

[39] Rubio Llorente, Francisco, y Álvarez Junco, Javier (dirs.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos*, *op. cit.,* pp. 150-151. Como se señaló en el capítulo primero de esta obra, conviene también destacar que todas las enmiendas presentadas durante los trabajos parlamentarios de elaboración de este artículo 2 CE tendentes a eliminar la presunta reiteración de estos dos términos aparentemente sinónimos fueron rechazadas por las Cortes Constituyentes.

[40] Vírgala Foruria, Eduardo, «El modelo federal español (reforma territorial ¿federal?)». En Álvarez Conde, Enrique (dir.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Comares, Granada, 2017, p. 393.

lubilidad sino por la indivisibilidad de la Nación establecida en el mismo precepto. Se trata de una decisión del constituyente, de un mandato normativo de rango constitucional, que va un paso más allá en la restricción de las posibilidades de alterar la integridad del territorio nacional. Proscripción que, en mi minoritaria opinión, se adopta como límite expreso y absoluto a la reforma de la Constitución de 1978. Se prohíbe así expresamente lo menos (la división del sujeto soberano), por lo que, al margen del valor jurídico que le podamos dar a la indisolubilidad como fundamento de la Constitución, es lo cierto que, de este modo, difícilmente podremos entender permitido lo más (la disolución de la Nación).

Sin ninguna duda, el derecho a la autonomía política —y, por tanto, todo el Título VIII de la Constitución— se establece y regula en los términos que conocemos porque se parte de dos indisponibles: la indisolubilidad y también la indivisibilidad de la Nación. De igual modo, en el artículo 168 CE se prevé un procedimiento para la revisión *total* de la Constitución no *pese a* que el artículo 2 establece la inquebrantable de la Nación, sino *una vez que* dicho precepto ha blindado la unidad del sujeto soberano frente a cualquier reforma posterior que pretendiera alterarla, como quedó patente durante los trabajos de elaboración de la Constitución[41].

[41] *Vid.*, al respecto, González García, Ignacio, «Una revisión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la relación entre los artículos 2 y 168.1 CE, a la luz de sus trabajos parlamentarios», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 28, 2024, pp. 491-521.

CAPÍTULO 6
LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA INTERVENCIONISTA

José Luis García Guerrero*
(Universidad de Castilla-La Mancha)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Introducción

En la primera aproximación que se realizó a la parte de la Constitución que se ocupa de la economía ya se resaltó que se estima que el término constitución económica es reduccionista, porque se limita a las principales normas constitucionales económicas y la verdad es que el concepto racional normativo de constitución lleva en su genoma la forma capitalista de la economía de mercado y que esta es la razón principal que explica su supervivencia durante más de dos siglos pese a los duros ataques empíricos y doctrinales que ha soportado este concepto liberal de constitución. En definitiva, es toda la Constitución y no sólo una parte de ésta la que determina el funcionamiento de la economía[1].

No obstante, el Tribunal Constitucional utiliza el término constitución económica para referirse a las normas principales más directamente especializadas y vinculadas a la actividad económica, concretamente en la formulación acogida por la STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1: «el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica», que acoge la definición del voto particular de la STC

* Esta publicación se incardina en el Proyecto de Investigación Nacional «Los derechos fundamentales en las integraciones. Estudio constitucional comparado» (PID2023-147570NB-I00).

[1] Véase García Guerrero, José Luis, «Integración económica y reforma constitucional». En VVAA, *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, ONU. PUND, Santo Domingo, 2005, pp. 135-136. Y más recientemente del mismo autor, «La desconstitucionalización de la constitución económica española». En Gordillo Pérez, Luis I. (dir.), *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración*. Actas del XIV Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 261-265. García Vitoria, Ignacio, *La libertad de empresa ¿Un terrible derecho?,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 2, afirma: «[...] al mercado no le vale cualquier forma política, sino que necesita al Estado constitucional».

37/1981, de 16 de noviembre, que, a su vez, bebe directamente de García Pelayo[2]. Este concepto mejora notablemente al limitarse a las normas constitucionales[3], aunque sigue siendo restrictivo; pero para evitar confusiones terminológicas se va a adoptar aquí con una cierta ampliación de su contenido. Concretamente, por constitución económica[4] se entenderá, de una parte, el conjunto de preceptos constitucionales referidos directa e indirectamente a la economía; y, de otra parte, otros valores, principios y normas, que, aparentemente, nada tienen que ver con la economía, pero que, en realidad, influyen poderosamente en la misma e, incluso, la hacen posible.

Sin la mayor parte de los derechos fundamentales, sin unos ámbitos de libertad libres de intromisiones frente al poder público en torno a los derechos de propiedad y empresa y sin la seguridad jurídica aportada por el Estado constitucional de Derecho no podría funcionar el sistema capitalista en su versión liberal de economía de mercado, que es uno de los tipos de Constitución económica. Sin la cláusula del Estado Social y los diversos preceptos constitucionales que la desarrollan difícilmente puede entenderse otro de los modelos de constitución económica, concretamente la intervencionista, que ha dominado la mayor parte de las constituciones europeas desde la segunda guerra mundial. Con esta precisión terminológica, claramente ampliadora, se va a utilizar aquí el concepto de constitución económica.

En la breve síntesis realizada hasta el momento ya se desprende claramente que hay varios tipos o modelos de constitución económica: la liberal[5], que era la originaria en Europa y en los Estados Unidos y que sigue funcionando en este último país; la marxista, aunque en este caso se debe preferir hablar de modelo económico y no de constitu-

[2] El voto particular ha sido literalmente recogido de García Pelayo, Manuel, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución». En Ramírez, Manuel (dir.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Pórtico. Zaragoza, 1979, p. 31. Finalmente la STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, hace suyo este criterio, al señalar: «En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo xix, y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal».

[3] Una buena parte de la doctrina habla de marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica sin exigir rango constitucional a estas normas, así recientemente en relación con la constitución económica de la Unión Europea, véase Gordillo Pérez, Luis Ignacio, y Canedo Arrillaga, José Ramón, «La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, vol. 5, 1, 2013, p. 165; y Menéndez Menéndez, Agustín José, y Losada Fraga, Fernando, «Los Pilares del Derecho sustantivo de la Unión (I): Derecho económico». En López Castillo, Antonio (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4.ª ed., Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 104. Previamente, Baquero Cruz, Julio, *Between competition and free movement. The Economic constitutional law of the European Community*, Hart. Oxford, 2002, p. 29.

[4] Sobre el concepto constitución económica y la utilización del término derecho constitucional económico véase la versión en español de Baquero Cruz, Julio, *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional económico de la Comunidad europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 57 y ss.

[5] Véase García Guerrero, José Luis, «La constitución económica liberal y su configuración a partir de los derechos fundamentales». En Aragón Reyes, Manuel; Solozabal Echavarria, Juan José, y Requejo Pagés, Juan Luis (dirs.), *Libro Homenaje a Javier Jiménez Campo*, en prensa.

ción económica para evitar otorgar legitimidad indirecta a un sistema totalitario; la intervencionista, que es el objeto del presente trabajo y que no deja de ser una combinación del tipo liberal y marxista, una vez ajustados los principales elementos de esta última a la economía de mercado; la ordoliberal, tipo adoptado por la Unión Europea en su Marco económico a quien también se niega la característica de constitución económica por la falta de legitimidad de la norma que encabeza el ordenamiento europeo, además, probablemente es el modelo que inspira la globalización; finalmente, quizá, también podría hablarse de un modelo de constitución económica embrionario para recoger las ideas principales de los más destacados dirigentes de las empresas de Silicon Valley[6].

Ahora bien, para comprender de forma adecuada, coherente y sistemática el modelo de constitución intervencionista a través de los diferentes elementos que la componen es preciso, previamente, reparar en la importancia que cobra, también en este campo, las relaciones entre el Estado y la Sociedad.

2. El modelo intervencionista como consecuencia del estado social

La constitución económica intervencionista[7] sólo puede comprenderse, al igual que los otros tipos, cuando se repara en las relaciones entre el Estado y la Sociedad. En el liberalismo se confiaba en el funcionamiento autónomo de la sociedad que procuraba un orden justo sin necesidad de ninguna intervención del poder público o, como máximo, una tan reducida como fuera posible. Este ideal liberal tiene su traslación en el campo económico, el mercado a través de las reglas de la oferta y la demanda realiza la más eficiente asignación de recursos.

Este estado de cosas va a ser puesto en cuestión en Europa a mediados del siglo XIX por un sector de izquierdas, nucleado alrededor del movimiento socialista, que considera que la sociedad genera un orden injusto, plagado de desigualdades, que debe ser corregido mediante una intervención pública amplia e intensa. Al igual que en el movimiento liberal, estas ideas relativas a la Sociedad van a ser objeto de traslación al campo económico, al ponerse en duda no sólo la eficiencia del mercado, sino su justicia social.

---

[6] Véase García Guerrero, José Luis, «La desconstitucionalización de la constitución económica española», ob. cit., pp. 289 y ss., sobre la adopción por la Unión Europea de un Marco económico ordoliberal; y pp. 279-282, sobre la inadecuación de utilizar el término constitución económica por falta de legitimación. Del mismo autor véase «Los embates de la globalización a la democracia». En García Guerrero, José Luis, y Martínez Alarcón, M.ª Luz (dirs.), *Constitucionalizando la globalización*, Vol. II, capítulo XXXVI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1362-1363, sobre como la globalización se inspira en el ordoliberalismo, y p. 1363, a propósito del embrión de constitución económica de Silicon Valley.

[7] Véase Serrano Pérez, María Mercedes, «Marco teórico general de la constitución económica intervencionista del Estado social». En García Guerrero, José Luis, y Martínez Alarcón, M.ª Luz (dirs.), *Constitucionalizando la Globalización*, ob. cit., vol. I, capítulo XX, pp. 747 y ss. Véase también Cury David, Jottin, *La constitución económica de la República Dominicana*, en prensa, que responde al modelo de constitución intervencionista, aunque con rasgos menos acusados que las europeas.

El objetivo último no es otro que proporcionar una mejora en la calidad de vida de los ciudadanos (Estado del Bienestar), sin poner en cuestión la supervivencia del sistema económico que justifica precisamente ese intervencionismo público. No se trata, por tanto, de eliminar la economía de mercado capitalista, sino tan sólo de evitar los elementos más nocivos que ésta tiene para conseguir una cierta igualdad y justicia social.

Surge así en el ámbito constitucional la cláusula definitoria del Estado Social[8] que trasladada al ámbito económico dará lugar a la constitución económica intervencionista, pero antes de proceder al análisis de los diferentes elementos que permiten comprender este modelo es necesario, aunque sea sumariamente, una referencia al origen y constitucionalización de la fórmula del Estado Social, así como una de sus principales consecuencias, la constitución económica intervencionista.

En la indagación del origen del Estado Social, siguiendo a Garrorena[9], se debe destacar a Louis Blanc, que dentro de un incipiente movimiento socialista europeo defiende emplear el Estado como instrumento de acción social. En las jornadas revolucionarias de 1848 su propuesta encuentra eco bajo el lema «Viva la República democrática y social». Años más tarde el líder del movimiento obrero alemán Ferdinand Lassalle, fundador de la Asociación General de los Trabajadores Alemanes e inspirador de la ideología del Partido Socialdemocrata Alemán (SPD), en su famoso discurso de 12 de abril de 1862, dedicado a perfilar el programa de los trabajadores, afirma que «el Estado es el instrumento de transformación por excelencia», y reivindica que «la verdadera naturaleza moral del Estado» es crear las condiciones sociales para hacer efectiva la libertad del ser humano. A partir de este momento el calificativo social se generaliza en los círculos de izquierda y favorece la creación del Partido Socialista Obrero Alemán en 1869, que tras la intervención de grupos de seguidores de Lassalle se funde en el SPD en 1875, y en España del PSOE, el 2 de mayo de 1879.

En 1927, en la Universidad de Ginebra, el socialista español Fernando de los Ríos reclama la necesidad de establecer las bases «de un constitucionalismo social»[10]. Posteriormente la cláusula del Estado Social de Derecho fue acuñada en 1929 por el famoso

[8] Aragón Reyes, Manuel, *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 123-124, estima que el Estado Social no puede definirse como forma de Estado porque no lo es. Se trata, dice, de una modalidad de la forma del Estado democrático de Derecho. El Estado Social no supone modificación alguna respecto de la organización del poder ni sobre su estructura. Afecta sólo a sus fines, significa la asunción por parte del Estado de nuevas tareas que complementan a las antiguas (seguridad, orden público, defensa). Por el contrario, Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 82 y ss., considera que no sólo hay ampliación del ámbito funcional, sino que esto implica una transformación estructural, al menos en dos aspectos: a) «Es un Estado estructuralmente distinto, redoblado en la intensidad de su poder, omnipresente, dotado de una organización y de una burocracia, de un aparato como jamás se hubiera podido imaginar». b) «Es un Estado que tiene en su base una concepción distinta de las relaciones Estado-sociedad», frente a la estricta separación de ambos ámbitos hay ahora una constante interacción (p. 87).

[9] Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social...*, ob. cit., pp. 30-47.

[10] De los Ríos, Fernando, «El sentido del humanismo en la evolución social». En VVAA, *Escritos sobre democracia y socialismo*, Edición de Virgilio Zapatero, Madrid, 1975, pp. 127 y ss.

iuspublicista, militante del SPD, Hermann Heller, para reflejar el inexcusable compromiso del Estado con lo «social» frente al liberalismo[11].

La fórmula del Estado Social sufrió el ataque y el desprestigio de un sector de la izquierda, primero por los ataques de Marx que consideraba que la revolución social no era desde el Estado, sino frente al Estado, la que daría lugar, más adelante, durante la I Guerra Mundial, a la crisis de la II Internacional Socialista que desembocaría en la división dentro de este movimiento entre comunistas y socialistas democráticos.

Más adelante, la fórmula entraría en crisis también en el movimiento socialista democrático por el rapto de la fórmula por sectores conservadores, especialmente, tras la Gran Depresión. Primero, por movimientos fascistas y nacionalsocialistas y, posteriormente, por el propio capitalismo liberal consciente de la insostenibilidad del sistema. Así, en el Reino Unido John Maynard Keynes en 1936 desarrolla las técnicas de intervención estatal en los ciclos de la economía, bajo su influjo se redacta en 1942 el *Beveridge Report*, todo un proyecto social de asistencia a cargo del Estado que conducirá al *Welfare State* y en Francia al *Plan Monnet*, que supone la aceptación de una economía planificada[12].

La evolución reseñada desembocará en la cláusula del Estado Social, magníficamente tratada jurídicamente por Abendroth[13] y Habermas[14]. Su constitucionalización se produce, tras la II Guerra Mundial, en el artículo 1ª de la Constitución francesa de 1946 y en el artículo 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn. La fórmula conceptualiza y normativiza las transformaciones experimentadas en el Estado contemporáneo respecto al Estado liberal[15]. El Estado Social en cuanto cláusula definitoria[16] presenta tres dimensiones[17]: la igualdad material, la economía y la «procura existencial»[18]. A continuación, se sintetizará muy brevemente la primera y la tercera, para analizar con mayor detenimiento la económica, que es la que aquí interesa.

El Estado Social es la proyección de los valores constitucionales igualdad y justicia y en cuanto manifestación de aquél se proyectan sobre todo el ordenamiento jurídico con una función hermenéutica. Supone un cambio en el papel tradicionalmente asumido por el Derecho, que pasa de proteger el *status quo* a ser elemento transformador o

---

[11] Heller, Hermann, *Gesammelte Schriften*, Vol. II, Leiden, 1971.

[12] Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social...*, ob. cit., pp. 37-41.

[13] Abendroth, Wolfgang, *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, 1973.

[14] Habermas, Jürgen, *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, 1973.

[15] Solozabal Echavarria, Juan José, *Apuntes de Cátedra*, p. 75.

[16] Aragón Reyes, Manuel, «Comentario al artículo 1». En Casas Baamonde, María Emilia, y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *Comentario a la Constitución española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 35, considera al Estado Social como otra cláusula definitoria.

[17] Se sigue así la sistemática empleada por Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social...*, ob. cit., pp. 48-106.

[18] Formula acuñada en 1938 por Forsthoff y recordada entre nosotros por García Pelayo, Manuel, «El Estado social y sus implicaciones». En VVAA, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, como recuerda Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social...*, ob. cit., p. 83.

herramienta del cambio social a favor de sectores socialmente desfavorecidos o discriminados. El valor justicia tiene un sentido estructural, que se manifiesta en la creación de una administración de justicia, y un sentido material, que sería lo justo, lo bueno, lo debido. Este último sentido implicaría un despliegue armónico de la libertad y de la igualdad que se relaciona, además, con la dignidad de la persona y la interdicción de la arbitrariedad[19]. La igualdad como valor constitucional se concretiza en el derecho fundamental a la igualdad formal y da lugar a la tercera dimensión, a la «procura existencial»[20], esto es, a la consecución de la igualdad material, que tiene su proyección en la educación concebida como derecho fundamental de prestación, en ciertos derechos constitucionales de prestación, que requieren *interpositio legislatoris*, como la salud y en ciertos mandatos generales a los poderes públicos de carácter general y específico.

La dimensión económica de la cláusula definitoria del Estado Social es la que aquí interesa porque implica, en primer lugar, la necesidad de adoptar un sistema y una política económica que provea de recursos económicos suficientes para el sostenimiento del Estado Social. En segundo lugar, conlleva la transformación de algunos derechos fundamentales en simples derechos constitucionales, como es el caso de la propiedad privada y de la libertad de empresa. En tercer lugar, origina la necesidad de proteger en las relaciones laborales a la parte más débil, esto es, a los trabajadores, lo que se manifiesta, de una parte, en el derecho a la libertad sindical, a la negociación colectiva, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, al derecho a la huelga y, de otra, parte en el derecho al trabajo y en una serie de regulaciones en su beneficio, como la reducción de la jornada laboral, la seguridad e higiene en el trabajo, las vacaciones retribuidas, prestaciones por desempleo y jubilación, entre otras.

Esta tercera dimensión tiene su reflejo en el correspondiente modelo de constitución económica, la intervencionista, que, por ejemplo, en la Constitución española[21] lleva a subordinar toda la riqueza del país al interés general (128.1), a prever la iniciativa pública en la economía, el monopolio público y la intervención de empresas (128.2), a permitir la planificación general de la actividad económica (131), a que los poderes públicos promuevan la participación de los trabajadores en la empresa, fomenten las sociedades cooperativas y faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (129). Además, los poderes públicos deberán promover el pleno empleo y una distribución de la renta personal y regional más equitativa (art. 40). Final-

[19] Aragón Reyes, Manuel, «Comentario al artículo 1». En VVAA, *Comentario a la Constitución española...*, ob. cit., p. 32.

[20] Aragón Reyes, Manuel, *Libertades económicas y Estado Social*, ob. cit., p. 122, estima que la «procura existencial» debe guardar un equilibrio entre cubrir todas las necesidades materiales de los ciudadanos y mantener los principios de capacidad y mérito, responsabilidad y riesgo sin los cuales no hay avance social, tanto en materia económica como cultural.

[21] Se utiliza a modo de ejemplo la Constitución española no sólo por familiaridad, sino porque al ser una de las últimas aprobadas en Europa occidental desarrolla de forma más perfecta y amplia el modelo de constitución económica intervencionista.

mente, la propiedad privada se concibe como derecho constitucional (33.2), al igual que la libertad de empresa, que está sujeta a importantes restricciones, incluso, en el propio artículo que reconoce su ejercicio de acuerdo con las necesidades de la planificación (38).

Una vez alcanzado este punto ya se está en condiciones de analizar pormenorizadamente la constitución económica intervencionista. Aunque previamente es preciso aclarar que cualquier constitución económica puede descomponerse en los diferentes elementos que la conforman, concretamente, el principio de unidad económica nacional y su correlato, la unidad de mercado, la economía de mercado como institución constitucional, la propiedad privada y la libertad de empresa, así como la política macroeconómica que se ejercita, habitualmente, a través de la política monetaria, comercial y fiscal. Estos elementos difieren según el modelo de constitución económica que se adopte. Cuando en la mayor parte de los países de Europa occidental los poderes constituyentes constitucionalizaron la cláusula definitoria del Estado Social originaron una serie de transformaciones en los elementos propios del modelo de constitución económica liberal que, a continuación, aquí van a estudiarse, junto con otra serie de instrumentos que son singulares y propios de la constitución económica intervencionista y que provienen, tras sus correspondientes ajustes, del modelo de la economía marxista centralizada. Y es que, en definitiva, la constitución económica intervencionista no deja de ser una combinación entre la constitución liberal y el modelo económico marxista.

3. La unidad económica nacional y su correlato: la unidad de mercado

La unidad económica nacional y su correlato, la unidad de mercado, no sufren modificaciones en los modelos de constitución económica liberal, intervencionista y ordoliberal, así como tampoco en el modelo marxista por lo que aquí vamos a sintetizar lo reseñado en anteriores trabajos prescindiendo de su complejidad en los estados compuestos[22].

La economía de mercado requiere de una constitución racional normativa para desarrollarse apropiadamente y este tipo de Constitución encabeza un ordenamiento jurídico que tiene un ámbito territorial que coincide con el estatal. La consecuencia es que el mercado opera en el territorio de un Estado determinado, lo que supone afirmar el principio de unidad económica nacional, así como su inmediata consecuencia, la unidad de mercado[23].

[22] Véase ampliamente la materia en García Guerrero, José Luis, «La constitución económica liberal...», ob. cit., apartado II. A. «La unidad económica nacional y la unidad de mercado».

[23] Véase Alberti Rovira, Enoch, *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 177 y ss.

El principio de unidad económica nacional en un Estado unitario es objeto de una doble consideración: como manifestación en el plano económico de la unidad política y del ordenamiento jurídico del Estado, y como supuesto fundamental en el que debe discurrir toda la actividad económica. Para garantizar el principio de unidad económica nacional el poder central o federal debe tener la competencia exclusiva en la política monetaria y comercial, así como las competencias más importantes en la política macroeconómica y fiscal, lo que exige disponer de las bases o fundamentos de todas las materias económicas y de competencias concretas de política económica[24].

La unidad de mercado es la consecuencia de la unidad económica nacional y debe entenderse como la exigencia de un espacio económico que permita la libertad de comunicación sin compartimentos estancos, no consintiendo desigualdades en el ejercicio de la actividad económica[25].

La libertad de circulación implica no sólo remover cualquier obstáculo a la misma, sino también una labor incentivadora en forma de construcciones e infraestructuras viarias, ferroviarias, portuarias y aéreas que en una constitución económica intervencionista serán realizadas por la iniciativa pública, al igual que la formación educativa de los trabajadores, así como la dotación económica de una organización judicial que garantice en último extremo la libre circulación, así como la igualdad y la libre competencia entre los agentes económicos[26]. Segundo elemento clave, este último, de la unidad de mercado. La igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica es el nervio institucional de la unidad de mercado y su consecución muestra unas dificultades análogas a las que se presentan con el principio de competitividad electoral.

4. La economía de mercado como garantía institucional

El concepto liberal de constitución consagró, entre las diversas formas que el capitalismo puede adoptar, la economía de mercado. Esta institución constitucional presenta escasas restricciones cuando se encuadra dentro del modelo de constitución económi-

[24] La STC 1/1982, FJ 1, explicita lo que el principio de unidad económica nacional exige en España.

[25] La STC 88/1986, FJ 6, precisa los dos elementos claves que exige la unidad de mercado, al afirmar que supone «por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra, y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Sobre la dificultad de conseguir el principio de unidad económica nacional y su correlato, la unidad de mercado, en los Estados Unidos, a través de la evolución de la cláusula de comercio, y en la Unión Europea, véase De la Quadra-Salcedo Janini, Tomás, *Unidad económica y descentralización política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Véase sobre la evolución de la cláusula de comercio a Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, Foundation Press, 3.ª ed., Nueva York, 2000, pp. 1021 y ss.

[26] En una línea muy similar Bassols Coma, Martín, *Constitución y Sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 24, destaca cómo la falta de regulación de la economía en las primeras constituciones liberales no impedía una intervención que fortaleciera el modelo económico capitalista y pone como ejemplos la construcción de infraestructuras o la creación de sistemas educativos.

ca liberal. Sin embargo, cuando se adopta el modelo intervencionista, alumbrado por el Estado Social, las limitaciones a la economía de mercado crecen exorbitantemente y es que esta institución se reconoce simplemente como una garantía institucional. Lo que supone preservar un conjunto de relaciones sociales, cuya persistencia se asegura frente a su supresión, vaciamiento o desfiguración por parte del legislador que las configure, a quien se impone el respeto a la imagen maestra de la misma[27]. En consecuencia, no se está ante una garantía pública referente a instituciones políticas o administrativas. Si se acepta la tesis de una protección constitucional del mercado resultaría que la Constitución no sólo no da un mandato de superación del mercado, como parecía desprenderse de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho —forma superadora del Estado Liberal Democrático de Derecho—, sino que su supresión requeriría un cambio constitucional.

La economía de mercado supone una economía en que el poder económico se encuentra desconcentrado y descentralizado. Es desconcentrada porque el poder económico se encuentra distribuido entre diversos agentes económicos sin que ninguna tenga fuerza para imponerse sobre el resto, esto es, que hay competencia, lo que constituye el auténtico nervio de la institución. Es descentralizada porque se garantiza al empresario, al trabajador y al consumidor las libertades de empresa, trabajo y consumo.

Ahora bien, es necesario precisar que en una constitución económica intervencionista como, por ejemplo, la española, la economía de mercado no se reconoce como una institución sometida a escasas restricciones, sino como una simple garantía institucional, de donde deriva, de una parte, que es posible sustraer amplios sectores de la actividad económica a la economía de mercado, como sucede en los actuales sistemas comunistas, pero a la inversa[28]; y, de otra parte que se trata de una garantía que se encuentra sujeta a importantes límites internos y externos establecidos por la propia Constitución[29].

---

[27] Véase a Solozabal Echavarria, Juan José, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos,* 71, 1991, pp. 105-108, sobre las garantías institucionales y a Baño León, José María, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 24, 1988, pp. 155 y ss.

[28] Véase García Guerrero, José Luis, *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 222-223, donde defiende esta posición al hilo del debate sobre el modelo español de constitución económica. En la misma línea parece situarse la jurisprudencia constitucional española, especialmente la STC 83/1984, FJ 5, donde se señala que la Constitución no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. Y añade que la libertad de empresa no comprende el libre acceso a toda actividad económica sino sólo cuando el legislador lo permita expresamente o no lo prohíba. No creo que esta posición sea sustancialmente alterada por las SSTC 66/1991 y 84/1993 como defiende de Cidoncha, Antonio, *Libertad de empresa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 264-266.

[29] Font Galán, Juan Ignacio*, Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 105 y ss., explica las razones que llevan a imponer diversos límites a la economía de mercado tras la I Guerra Mundial.

Entre los límites internos no puede olvidarse que la propiedad privada ya no es el derecho originario concebido por los liberales. Tras la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es un derecho subjetivo debilitado por una importante función social[30] que, en unos casos, puede delimitar el propio contenido de la propiedad, como ya se ha dicho; y, en otros supuestos, permite su expropiación, a través de la correspondiente indemnización. Esta concepción tiene su influjo sobre la libertad de empresa, que no deja de ser una constitucionalización expresa de la propiedad privada de los medios de producción, que sólo puede ser garantizada por los poderes públicos, en tanto en cuanto se garantice la productividad, las exigencias de la economía general y la planificación.

Dentro de los límites externos, se coincide con Óscar de Juan al considerar que el polo norte de una constitución económica intervencionista, como la española, descansa en el artículo 128.1: «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general»[31]. Junto a éste, el artículo 131 faculta al Estado para planificar mediante ley la actividad económica general, regional o sectorial. Como se acaba de decir la planificación, instrumento por excelencia de los modelos económicos marxistas de economía centralizada, operaba en virtud de la Norma fundamental de 1978 como límite interno y externo del artículo 38.

El reconocimiento de la intervención de empresas y la reserva al sector público de servicios esenciales constituía el instrumento más a la izquierda en política económica dentro de la discrecionalidad que la Constitución de 1978 confería al legislador. Se estima que la reserva de sectores económicos al poder público no interfiere en la garantía institucional del mercado[32], tal y como se ha defendido supra[33], y tampoco en la libertad de empresa, en la medida en que sólo supone una reducción del ámbito de la economía de mercado y de las actividades económicas en que puede operar la libertad de empresa. No obstante, en su momento no faltaban voces que discrepando de la posición aquí sostenida defendía su carácter de límite excepcional y exigían una interpretación restrictiva del segundo punto del artículo 128.2[34]; al estimar que su utilización abusiva,

[30] STC 111/1983, FJ 8.º

[31] Asenjo, Óscar de Juan, *La Constitución económica española. La iniciativa económica pública versus iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984, p. 138. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, Wolters Kluwer, Madrid, 1988, pp. 93-94, que señala la unanimidad doctrinal en este aspecto (M. Morisi, M. García Pelayo, A. Menéndez, A. Rojo, Alonso Ureba, entre otros).

[32] Bassols Coma, Martín, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 148, considera que la reserva al sector público de determinadas actividades no afecta el contenido esencial de la libertad de empresa. Además, estima que la seguridad social (art. 41 CE) y la salud pública (art. 43 CE) son ámbitos reservados al sector público, o, al menos, parcialmente publificados.

[33] Véase *supra* la nota 28 referida a la STC 83/1984.

[34] Asenjo, Óscar de Juan, *La Constitución económica...,* ob. cit., pp. 162-164. Muñoz López, Álvaro, «Empresa Pública y Constitución». En VVAA, *Estudios sobre el proyecto de Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1978, p. 335. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico...*,

que redujera, por ejemplo, a esferas minoritarias el ejercicio de la libertad de empresa y de la economía de mercado, conculcaría el contenido esencial y la imagen maestra, respectivamente, incurriendo por tanto en inconstitucionalidad. La fundamentación la encontraban en el propio artículo 128.2 que exige reserva legal para su establecimiento, reclama que concurran causas de interés general, y finalmente recuerda que la reserva de recursos o servicios esenciales se prevé especialmente para los casos de monopolio.

El fomento de las sociedades cooperativas (art. 129.2) y el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2) no pueden considerarse como límites a la economía de mercado. En el primer caso, se trata de una más de las formas jurídicas que adoptan las empresas privadas o, si se prefiere, de un tipo diverso. En el segundo, supone la existencia de empresas de capital público o mixto, cualquiera que sea su forma jurídica se debe recordar que el Estado actúa a través de formas públicas y privadas; que, al igual que las cooperativas, deberán competir en un plano jurídico de igualdad y concurrencia con la libre iniciativa privada. Esta realidad no se ve distorsionada porque el reconocimiento de la iniciativa pública suponga, de una parte, acabar con el carácter excepcional o subsidiario que tenía la actuación económica estatal en el régimen anterior; de otra, admitir la coexistencia entre la propiedad pública y la privada. Por tanto, puede decirse que la intervención pública, aun cuando reduzca el espacio de la actividad privada, no modifica la imagen maestra de la economía de mercado.

Existen más límites, que emanan tanto de preceptos constitucionales de naturaleza económica[35] como de los que no tienen tal carácter, pero preservan otros bienes o valores constitucionales. Especialmente debe destacarse, como se ha visto *supra* en el apartado 2, la fórmula del Estado Social en directa relación con el artículo 9.2 y con los derechos sociales y mandatos a los poderes públicos.

5. La propiedad privada y la libertad de empresa

La jurisprudencia de las cortes constitucionales ha configurado de forma bifronte el derecho a la propiedad privada en una constitución económica intervencionis-

ob. cit., pp. 96, 97, 204, 207 y 251. Font Galán, Juan Ignacio, *Constitución económica...*, ob. cit., pp. 162-165. Morisi, Massimo, «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la "crisis"». En Predieri, Alberto, y García de Enterría, Eduardo (dirs.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, p. 389.

[35] En el marco de la protección a los consumidores la ley puede regular el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales (art. 51.3). El mandato a los poderes públicos para que promuevan el progreso social y económico, distribuyan la renta personal y regional de una forma más equitativa, aseguren la estabilidad económica, y realicen una política orientada al pleno empleo (art. 40.1). La modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, con particular atención a la agricultura, ganadería, pesca, artesanía y zonas de montaña (art. 130). Entre otros diversos preceptos.

ta[36], por una parte, como derecho subjetivo de disfrute y uso, o derecho de señorío sobre cosas[37], de otra parte, como institución con una función social a cumplir. Este segundo aspecto va adquiriendo progresivamente una mayor importancia, de modo que la función social no es sólo un límite, sino que puede determinar, por medio de la intervención del poder público correspondiente, el propio contenido del derecho de propiedad. Se está, en consecuencia, ante un derecho público debilitado, que como señala el profesor Rubio Llorente, se asemeja más a una garantía institucional.

Además, no hay un solo tipo de propiedad, sino diversas figuras de ésta con diferentes regímenes jurídicos; en algunos, especialmente en la propiedad sobre inmuebles, es lícito constitucionalmente el señalamiento de deberes al propietario, respetando el contenido esencial de su derecho. Además, esta jurisprudencia ha admitido en materia expropietaria competencias normativas de los entes territoriales periféricos que tienen, por consiguiente, carácter compartido. Al poder central le corresponder establecer los criterios y sistemas de valoración del justiprecio y el procedimiento expropietario, esto es, aquellos aspectos de la expropiación garantizadores del rendimiento individual de la propiedad; y a los entes territoriales la definición de la causa *expropiandi*, de modo que se imponga a la propiedad una utilidad congruente con la política social y económica definida por los poderes públicos correspondientes.

La libertad de empresa es, por un lado, parte de la imagen maestra de la economía de mercado. Su supresión desfigura ésta. De otro lado, es un derecho subjetivo. El contenido de éste puede sintetizarse en las libertades de inversión, organización y contratación. La libertad de inversión es el derecho del empresario a invertir o retirar su capital de cualquier empresa o sector económico. La libertad de organización es la potestad de planificar los objetivos empresariales, combinar los factores productivos y fijar las condiciones de actuación de sus trabajadores. La libertad de contratación es el conjunto de facultades que le permiten al empresario elegir sus proveedores, los clientes de sus mercancías y convenir el precio de las transacciones de común acuerdo. Otro tanto puede sostenerse con relación a la contratación de la mano de obra y la fijación de los salarios y demás condiciones de trabajo[38].

---

[36] Por ejemplo, la STC 37/1987, FJ 2, que acepta la constitucionalidad de la expropiación de fincas insuficientemente explotadas: «[...] La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege como una haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir».

[37] Véase Rey Martínez, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

[38] En Cidoncha, Antonio, *Libertad de empresa*, ob. cit., pp. 269-270, pueden consultarse la posición de nuestro Tribunal Constitucional en relación con la libertad de contratación de trabajadores, aunque el tenor literal habla de selección de los trabajadores, concretamente, en la STC 147/1986, FJ 4, y con las restricciones indicadas en la STC 192/2003, FJ 4. También hay doctrina respecto a la libertad del empresario en relación con las retribuciones dentro de ciertas limitaciones legales y convencionales STC 34/1984, FJ 2. Finalmente, el poder disciplinario se sustrae del ámbito del empresario en beneficio del legislador en relación con su tipificación y control judicial STC 125/1995, FJ 6.

Dentro de las libertades que comprende la economía de mercado, la de empresa es la que mayores limitaciones encuentra. Sus intensas restricciones descansan en los límites implícitos que contiene el artículo que la reconoce, y por las restricciones externas contenidas en otros preceptos constitucionales, ya sean éstos de naturaleza económica o no. La existencia de tan importantes límites nos obliga a preguntarnos hasta dónde pueden llegar, esto es, cuál es el contenido esencial de este derecho[39]. En este campo se va a coincidir nuevamente con Óscar de Juan[40].

Con carácter general no pueden eliminarse las libertades de inversión, organización y contratación que componen la de empresa. La ausencia de una de ellas implica la desaparición de ésta. Pero esto no impide que cada una de estas libertades pueda ser parcialmente limitada[41].

Con carácter específico, para un determinado sector económico, pueden desaparecer las libertades de organización y contratación, pero siempre debe quedar a salvo la potestad del empresario para entrar en la actividad económica objeto de regulación, o para abandonarla[42]. No obstante, si las restricciones se introducen *a posteriori*, el coste de la retirada puede ser tan elevado que el empresario se vea burlado en su derecho a abandonar. Para evitar esta situación se debe estudiar la posibilidad de indemnizaciones que garanticen la libertad negativa del derecho[43].

Al relacionar la libertad de empresa con los límites impuestos por los poderes públicos a la economía de mercado en la Constitución se observa que la existencia de empresas públicas, la previsión de formas de autogestión, la planificación y la participa-

[39] La STC 11/81, de 8 de abril, contiene los dos criterios para su determinación, al señalar: «Se entiende por "contenido esencial" aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad; o, dicho de otro modo, lo que hace que sea recognoscible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también, aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga». Véase también la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2.º, y el trabajo elaborado por De Otto Pardo, Ignacio, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución». En De Otto Pardo, Ignacio, y Martín-Retortillo, Lorenzo, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1988.

[40] Asenjo, Óscar de Juan, *La Constitución económica...*, ob. cit., pp. 159-161. Sobre el contenido esencial de la libertad de empresa véase Martínez Val, José María, «Libertad de empresa». En Alzaga, Óscar (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1983, pp. 664-670; Alonso Ureba, Alberto, *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 106-115. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 166 y ss.; así como los trabajos por él citados de R. Entrena Cuesta, J. Duque, A. Rojo, y M. García Pelayo.

[41] Sobre la garantía del contenido esencial, véase más recientemente, la posición que defiende Cidoncha, Antonio, *La libertad de empresa*, ob. cit., pp. 307 y ss.

[42] La STC 83/1984, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad frente a normas que imponen distancias entre farmacias, reconoce este aspecto. Para el Tribunal la regulación que establece en abstracto las condiciones a las que han de sujetarse las empresas de determinado género no supone ataque a la libertad de empresa.

[43] La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 niega el derecho a una compensación económica a cargo del Estado, que traía su causa, entre otros motivos, de las restricciones impuestas a la publicidad de bebidas alcohólicas. La importancia del fallo se debe relativizar, porque se alegó el derecho de propiedad, en lugar de la libertad de empresa.

ción en la empresa no afectan al contenido esencial de la libertad de empresa ni a la imagen maestra de la economía de mercado, siempre que se entiendan correctamente[44].

En cambio, la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales y la intervención de empresas del segundo punto del 128.2 suponen negar la economía de mercado y la libertad de empresa en los ámbitos económicos afectados[45]. Aunque sólo en esos sectores económicos, pues como recuerda la STC 37/1981 resulta necesario compatibilizar el contenido esencial de la libertad de empresa con los artículos 128, apartados 1.º y 2.º, y 131.1 de la Constitución.

6. La política macroeconómica, la monetaria, la fiscal y la comercial

La constitución económica intervencionista, nacida del Estado Social, no confía plenamente en que el mercado realice la más eficiente asignación de recursos y busca un poder fuerte que pueda intervenirlo, corrigiendo sus desigualdades y deficiencias. La consecuencia es que la política macroeconómica, a diferencia de la liberal, está escorada hacia el ejecutivo, no comparte lo fundamental con los entes territoriales periféricos y no se limita a la regulación normativa de ámbitos materiales constitucionales, sino que aquí, además, la política macroeconómica se ejerce, fundamentalmente, utilizando instrumentalmente a la política monetaria, a la comercial y a la fiscal. Se busca la concentración de competencias en política económica para tener un poder fuerte que pueda intervenir en el mercado y, consecuente, en la Sociedad.

La política monetaria tiene como objetivo prioritario el pleno empleo. Hasta la crisis de los años setenta del siglo pasado no se presentaban juntos inflación y desem-

[44] Font Galán, Juan Ignacio, *Constitución económica...*, ob. cit., pp. 155-162, así lo hace, al compatibilizar la libertad de empresa y la planificación, aunque discrepo cuando jerarquiza los diversos preceptos constitucionales referidos a la materia económica. Alonso Ureba, Alberto, *La empresa pública...*, ob. cit., pp. 144-154, adopta una visión más razonable todavía. López Garrido, Diego, «Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* 15, 1993, p. 85, señala que el límite de la planificación estaría en la libertad de empresa. García Pelayo, Manuel, «Consideraciones sobre las cláusulas...», ob. cit., p. 42, señala muy acertadamente: la libertad de empresa «no es incompatible con las diversas modalidades de su estructura interna —participación de los trabajadores en su gestión, cooperativas, formas autogestionarias, etc.— [...]. Pues «lo único que se exige es una pluralidad de actores económicos con capacidad de decisión y planificación en relaciones competitivas, cualquiera que sea la estructura jurídica o económicosocial de esos actores».

[45] Font Galán, Juan Ignacio, *Constitución económica...*, ob. cit., p. 137, habla, incluso, de principio antagónico a la libertad de empresa. Asenjo, Óscar de Juan, *La Constitución económica...*, ob. cit., p. 161, incluye, además, determinadas formas de participación obrera en la dirección empresarial. Alonso Ureba, Alberto, *La empresa pública...,* ob. cit., pp. 159 y 167, considera que la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales supone excluir para el futuro el derecho de libre empresa, mientras la intervención de empresas implica afectar un elemento esencial de esta libertad. Este autor resalta acertadamente el carácter provisional de la segunda medida (pp. 169-170). Bassols Coma, Martín, *Constitución y sistema económico...*, ob. cit., p. 148, considera que la reserva al sector público de determinadas actividades no afecta el contenido esencial de la libertad de empresa. Además, estima que la seguridad social (art. 41 CE) y la salud pública (art. 43 CE) son ámbitos reservados al sector público, o, al menos, parcialmente publificados.

pleo; este problema era muy difícil de combatir porque la política monetaria y fiscal adecuada para combatir la inflación generaba paro y luchar contra éste originaba aquella. Esta disyuntiva se afrontó al principio en este modelo económico priorizando la lucha contra el paro debido a que en estas Constituciones eran varios los preceptos constitucionales que así lo demandaban, como se ha reseñado *supra*; posteriormente hubo cierto consenso económico en que era necesario combatir primero la inflación y sólo cuando ésta estuviera controlada se podría afrontar la lucha contra el paro. Pese a ello es indudable que en la constitución intervencionista la política monetaria tiene como prioridad el pleno empleo en detrimento del control de la inflación, marcando diferencias con el orden liberal.

Este modelo presenta singularidades en la política fiscal, tanto en la vertiente de los ingresos como de los gastos. Las bases constitucionales del sistema tributario deben prever el predominio de los impuestos directos frente a los indirectos y es necesario establecer un impuesto sobre las rentas personales que responda al principio de progresividad; en ambos casos, para garantizar la redistribución de las rentas personales y regionales[46]. La progresividad de los sistemas tributarios propios de una constitución intervencionista llega a un punto que la propia Constitución o, en su caso, la jurisprudencia constitucional, se ha visto obligada a disponer que el sistema no podrá tener efectos confiscatorios[47].

La segunda singularidad relevante en materia de política fiscal tiene que ver con el gasto público. Un orden liberal ideal reclama la estabilidad presupuestaria, incluso, la regla de oro. Por el contrario, en el intervencionismo se origina con cierta frecuencia un desequilibrio entre ingresos y gastos a favor de los segundos, obligando a incrementar la deuda pública del Estado. El desequilibrio a favor de los gastos suele venir motivado por la lucha contra el desempleo, por la activación de políticas económicas keynesianas y por el elevado volumen de gasto que originan los derechos prestacionales propios del Estado Social[48].

---

[46] Véase el trabajo innovador de Sanz Arcega, Eduardo, *Los fines redistributivos de la Constitución Española (La vertiente económica del principio constitucional de solidaridad y sus posibilidades financieras)*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2018.

[47] La Constitución española de forma novedosa, desde una perspectiva de Derecho Constitucional Comparado, introduce esta prescripción en el artículo 31.1 CE, cuando dispone que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos [...] mediante un sistema tributario justo [...] que, *en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*». Nuestro Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el límite máximo de progresividad, que no una vez superado adquiere «alcance confiscatorio», pero sí lo ha hecho la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 22 de junio de 1995. Ésta establece que la carga tributaria del sistema fiscal en su conjunto, para no vulnerar el principio de no confiscatoriedad, no debe exceder del cincuenta por ciento de los ingresos del sujeto pasivo.

[48] Solozabal Echavarria, Juan José, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos fundamentales», ob. cit., p. 90, llamó prontamente la atención sobre cómo el reconocimiento de los derechos de prestación «depende, consecuentemente, no sólo de una voluntad política o de una disposición ideológica a su rendimiento, sino antes que nada de una cierta capacidad económica o presupuestaria. Por eso el reconocimiento de estos derechos se realiza, a nivel constitucional, en las democracias del Estado de bienestar».

Las constituciones intervencionistas, surgidas tras la Segunda Guerra Mundial, no presentan especiales singularidades respeto a la política comercial, aunque desde su propia aparición se han mostrado proclives al libre comercio, probablemente, por la inserción de la mayor parte de las mismas en el proceso de construcción europeo.

7. Los instrumentos propios y singulares de una constitución económica intervencionista

Además de las características propias de las constituciones económicas intervencionistas, que se han ido describiendo al hilo del análisis de sus diversos elementos, éstas presentan un conjunto de instrumentos que las singularizan claramente, algunos creados especialmente por ellas y, la mayor parte, provenientes del modelo económico marxista. Concretamente, el reconocimiento de iniciativa económica pública en pie de igualdad con la privada, el cooperativismo, la planificación, el monopolio, la intervención de empresas y la participación de los trabajadores en la empresa, por citar los instrumentos más relevantes. A continuación, se va a proceder a su breve descripción utilizando, nuevamente, la constitución económica intervencionista española de forma instrumental.

Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica junto a la iniciativa privada, aquélla pierde su carácter subsidiario propio de sistemas equívocos no liberales[49]. La iniciativa pública se canaliza a través de empresas de capital público o mixtas (se debe recordar que el Estado actúa a través de formas públicas y privadas)[50], que deben competir con las privadas, al igual que las cooperativas, en condiciones de igualdad y concurrencia[51].

[49] Por ejemplo, el modelo económico autárquico de la dictadura franquista o ciertas constituciones intervencionistas mal concebidas, en este sentido, como la de República Dominicana en su artículo 219.

[50] *Véase* Alonso Ureba, Alberto, *La empresa pública*, ob. cit.

[51] Comparte esta visión del artículo 128.2 en relación con el 38, Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho Administrativo...*, ob. cit., pp. 9599, quien habla de habilitación para el sector público. Font Galán, Juan Ignacio, *Constitución económica...*, ob. cit., p. 160, señala: «[...] la constitución económica se monta sobre la base de dos principios que participan de la misma naturaleza y cuyo juego se halla constitucionalizado en régimen de igualdad: el principio de libertad de empresa de los ciudadanos (empresarios privados) consagrado en el artículo 38, y el principio de libertad de "iniciativa pública en la actividad económica" (art. 128.2.). El reconocimiento de este régimen de igualdad de ejercicio de ambas libertades por parte de sus respectivos titulares significa que nuestra Constitución económica se asienta, implícitamente, sobre el principio de la competencia económica en el mercado. Todos los participantes (privados o públicos) en el mercado han de luchar entre sí para la consecución de sus objetivos económicos en régimen de paridad, esto es, de competencia».

Las cooperativas y otras formas de autogestión[52] que el Estado incentivará en ejercicio del mandato a los poderes públicos de promover el acceso de los trabajadores a la propiedad privada de los medios de producción.

El artículo 131 prevé la posibilidad de una planificación general de la actividad económica, cuyos bases y coordinación corresponden al poder central. El proyecto del plan es elaborado por el gobierno de acuerdo con las previsiones suministradas por las comunidades autónomas y con el asesoramiento del Consejo Económico y Social, donde están representadas las organizaciones empresariales y sindicales. La previsión constitucional de la planificación general de la economía es un instrumento que no se ha ejecutado en España[53], no así la planificación sectorial que ha sido puntualmente ejecutada a propósito de planes de reconversión e industrialización —Decreto 8/1983 y Ley 27 /1984—. Tras su impugnación por las comunidades autónomas emanó una importante jurisprudencia constitucional aplicable *mutatis mutandis* a otros Estados compuestos; en concreto, la STC 29/1986 destacó que la planificación general a que se refiere el artículo 131 es la que abarca la totalidad de la economía. Los planes sectoriales son competencia exclusiva del Estado. La intervención de las Comunidades autónomas (que tiene competencias propias de planificación regional) se refiere a su desarrollo y ejecución, pero no a su elaboración, siempre que los mismos no impliquen decisiones que sólo pueden adoptarse desde una perspectiva nacional.

La reserva al sector público de recursos y servicios esenciales, esto es, la posibilidad de establecer monopolios es otra de las características más relevantes de la constitución intervencionista. La importancia de la medida, que sustrae un sector económico a la iniciativa privada, explica la exigencia de ley para su declaración; al igual que el supuesto de intervención de empresas que requiere, además, la apreciación de interés general para la adopción de la medida.

Finalmente, en esta sintéticamente enumeración de los elementos más significativos de la constitución económica intervencionista, hay que referirse al artículo 129.2

---

[52] Véase Colomer Viadel, Antonio, *Sociedad solidaria y desarrollos alternativos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

[53] García Pelayo, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas...», ob. cit., p. 48, defendía que la planificación era inevitable dados los compromisos aceptados por la Constitución. ¿Cómo será posible sin planificación que los poderes públicos cumplan las funciones de desarrollo, redistribución y estabilidad económica que encomienda el artículo 40? Esto es, la consecución de un desarrollo equilibrador de la riqueza sectorial y regional, necesidad que la misma se realice por ley, y, por último, colaboración en los proyectos de las Comunidades Autónomas y del Consejo de Planificación, integrado por representantes técnicos, sindicales y empresariales. Por contra, algunos autores, como el profesor Solozabal Echavarria, Juan José, «La constitución económica». *Apuntes de Derecho Constitucional español*, señalan que esta afirmación es discutible, pues cabe ejercer la dirección económica sin necesidad de planificación. El tiempo ha demostrado lo acertado de esta última posición, aunque para ello la jurisprudencia constitucional ha interpretado que el artículo 149.1.13 habilita al poder central para regular los fundamentos de todas aquellas materias económicas que sean necesarias para garantizar la unidad de mercado, incluso, aunque esas competencias correspondan en exclusiva a las Comunidades Autónomas porque exclusividad no implica exclusión.

que contiene el compromiso del Estado de promover la participación de los trabajadores en la empresa, con lo que se reconoce un límite a la autoridad derivada de la propiedad, haciéndola compatible con la derivada del trabajo que la hace productiva. Este elemento, característico de una constitución económica intervencionista ha tenido un fuerte desarrollo en Alemania, donde destacados economistas y juristas se sientan en los consejos de administración de las empresas, lo que permite conocer a los sindicatos la situación real de la empresa y ajustar a la misma sus reivindicaciones.

CAPÍTULO 7
PROPEDÉUTICA PARA EL ESTUDIO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Ricardo Chueca Rodríguez
(Universidad de La Rioja)
Catedrático emérito Derecho Constitucional

La forma política estatal surgirá en sus primeras manifestaciones a fines del siglo XV y principios del siglo XVI como un nuevo modo de construir la dominación política mediante una organización racional congruente con la emergencia de la escisión sociedad-estado. Un nuevo orden caracterizado por la aceptación de la renuncia colectiva a un *quantum* de poder social que queda enajenado en favor de la novedosa institucionalización de la dominación estatal.

La escisión sociedad-estado posee, como hemos percibido en estos cinco siglos transcurridos, una naturaleza dinamizada por dos vectores. El primero pivota sobre la permanente puesta en cuestión de la razón misma de esa escisión o, visto desde el otro lado, sobre la evaluación social colectiva de la necesidad de soportar tal dominación. De ahí la consustancial precariedad de la legitimidad de la dominación estatal. El segundo consiste en el alud de demandas que la sociedad, siempre menesterosa como acredita aquella escisión, proyecta sobre el estado. Al cabo es la limitada capacidad de esas formaciones sociales para gestionar su propia complejidad la partera de toda forma de dominación. De modo que, a mayor complejidad social más y mayores atribuciones para la forma estatal y más complejidad y sofisticación en la evaluación de su legitimidad. En este marco, le atribuimos al derecho como sistema de reglas la función de ajustar y objetivar las posiciones de estado y sociedad con ocasión de cada proceso de decisión que el estado, al cabo, impone.

Tan somera descripción no pretende sino situar a los partidos políticos que hoy conocemos como uno de los componentes del complejo proceso de evolución de la forma política estatal en una fase de desarrollo determinada, pues a partir de cierto momento los partidos políticos irán trazando una historia de la que resulta imposible prescindir para poder conocerlos tal y como hoy los percibimos.

Estas páginas pretenden destacar la necesidad de esa dimensión histórica así como, a su amparo, deducir un conjunto de consideraciones sobre las consecuencias que ello impone a la ciencia del derecho constitucional. Una *vexata questio*, desde luego.

1. El partido político es una organización en el tiempo

Un partido político no es una institución. Podemos tener serias dudas sobre su naturaleza, pero no sobre lo que no es por relación al conjunto de los órganos estatales. Obviamente los ordenamientos no están privados de conferirles en sede normativa adecuada tal naturaleza, aunque bien sabemos que el derecho estatal no transforma la realidad; todo lo más la regula con el alcance y limitaciones del caso, lo que no es lo mismo.

El partido político tiene un origen confuso si miramos la historia. Es además un tipo de organización de estructura sedimentaria pues las coyunturas que ha ido afrontando se han adherido en forma de añadidos estructurales a su naturaleza. Eso explicaría las diferencias perceptibles en los partidos políticos al hilo de los componentes culturales, sociales y políticos de cada una de las sociedades en que surgieron y de sus condiciones específicas de nacimiento.

La forma política de partido no compone por tanto un estándar universal, sino varias presentaciones desde su mismo nacimiento. Todas ellas confluirán en una suerte de arquetipo forjado en lo que se ha denominado la época dorada de los partidos políticos, que comprende el cuarto de siglo posterior a la IIGM especialmente en el continente europeo. Pero es muy importante no desconocer el período anterior que comprende al menos el último cuarto del siglo XIX y la primera mitad del XX, permitiendo así percibir la dimensión completa del producto histórico en que consisten. La postergación de esos períodos en la literatura científica resulta de un conjunto de factores que ahora sólo podemos enumerar brevemente, pero que han terminado por llevarnos a considerar como patrón de análisis tan sólo una determinada época de la secuencia histórica de los partidos políticos, primando así una tipología organizativa determinada y concreta.

De entre esos factores destacaremos, en primer lugar, el florecimiento de los estudios sobre elecciones, partidos y sistemas de partidos asociados a esa época que hemos denominado dorada o arquetípica, en las sociedades consensuales de posguerra. No es difícil escrutar en tan voluminosa aportación científica síntomas de eternización del sistema democrático de partidos en un formato que vemos hoy como contingente. En segundo lugar la idea, desmedida hasta universalizarla, de la íntima relación entre partido político y democracia. Un partido político es una organización orientada hacia la disposición del poder estatal. Y también sabemos que no hay democracia sin partidos; pero no es menos obvio que la existencia de partidos no asegura, induce ni favorece por

sí un orden democrático como la experiencia y la historia prueban. La identificación democracia-partido político ha terminado por escamotear parcialmente el estudio del partido como organización orientada al acceso al poder político institucionalizado; lo que es distinto de que —dadas determinadas condiciones— quepa concebir tan singular actividad como proclive a asegurar —o al menos a respetar— ciertas reglas democráticas. En tercer lugar, ha terminado por construirse una idea de partido político en los estados democráticos de derecho que, si necesaria, ha subsumido el partido político como organización en los reductivos términos de su constitucionalización y financiación. Su confinamiento como asociación, más o menos *sui generis*, y su creciente intervención normativa, en ningún caso subsume su naturaleza como organización política en su configuración jurídico-constitucional[1].

Todo ello ha desembocado en una metodología de estudio de los partidos políticos que propone un arquetipo cuya validez nos está resultando cada vez más limitada. Quizá unas reflexiones sobre el origen histórico del partido político, su desarrollo y sus actuales transformaciones nos podrían ayudar a una revisión de los modelos de análisis al uso[2].

Hemos reducido la idea de partido a las funciones que se reconocen explícitamente en los sistemas políticos democráticos de los estados de derecho: a la imagen confinada del deber ser funcional que los órdenes constitucionales le atribuyen. Pero ni los partidos fueron creados por los estados, ni la institución estatal puede sino requerir la prestación de una serie de funciones cuya validez es directamente dependiente de su irreductibilidad como organización dirigida a cuestionar la existencia del estado tal y como existe.

1.1. El origen del partido político en entornos de complejidad del poder estatal

En los estados constitucionales y representativos podemos registrar tres procesos de nacimiento diferenciados de los partidos políticos[3]. En primer lugar, aquél que tiene

[1] Una excelente reflexión metodológica sobre este tema de la necesidad de integrar teoría política democrática y análisis de partidos políticos en Van Biezen, I, y Saward, M., «Democratic Theorists and Party Scholars: Why They Don't Talk to Each Other, and Why They Should», *Perspectives on Politics*, Vol. 6, núm. 01, 2008, pp. 31-35. https://doi.org/10.1017/S1537592708080043

[2] Lo que también está asociado a la pertinaz resistencia de los partidos a su desaparición o renovación. Sobre el tema, Chiaramonte, A., y Emanuele, V., «Party system volatility, regeneration and de-institutionalization in Western Europe (1945-2015)». *Party Politics*, 23(4), 2017, pp. 376-388. https://doi.org/10.1177/1354068815601330.

[3] Muy recomendable una vision de conjunto de Audigier, F., «Enjeu - Le renouvellement de l'histoire des partis politiques», Vingtième siècle. *Revue d'histoire*, 96, Octobre-Décembre, 2007, pp. 123-136. doi 10.3917/ving.096.0123. También Huard, R., *La Naissance du parti politique en France*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996.

lugar ya en el siglo XVIII en el orden institucional de la Corona británica, según queda reflejado por primera vez por Burke en su *Thoughts on the cause of the present discontents*[4]. Aquí el término *partido* se utiliza ya en sentido técnico y claramente diferenciado del genérico *facción*, concebido como mero fenómeno cuasinatural, circunstancial e inestable propio de todo órgano colegiado. Un partido por el contrario es una formación con pretensión de permanencia, con un conjunto de creencias identificativo, cierta organización y un sistema de estrategias orientado a fines. Obviamente sólo posee sentido si surge y actúa en el seno de un órgano institucionalizado que adopta decisiones de alcance colectivo. Este sería claramente el caso del origen del partido parlamentario en el sistema político inglés. Pero también, con las correspondientes condiciones y circunstancias singulares, en otros estados constitucionales hasta el período de entreguerras y en entornos orgánicos de naturaleza representativa.

El segundo origen, y formato, de partido nace como respuesta política a la emergencia de tensiones sociales críticas. Este será el caso de lo que un tanto descriptivamente calificaremos como *partidos de masas,* entendido como un determinado modelo organizativo, abstrayéndonos ahora del proyecto ideológico-político asociado. De modo que el partido de masas obtiene su razón de ser de su capacidad política acreditada en un modelo de organización congruente: este es el supuesto de los grandes partidos socialdemócratas y democristianos. En ambos casos, y con las diferencias de sociedades y circunstancias, constituyen dos respuestas desde procesos sociales críticos a un modelo de escisión sociedad-estado amenazado. No es en todo caso superfluo advertir del origen del partido de masas, es decir, de una organización que obtiene su fuerza política de una respuesta, no sólo en forma de mera adhesión sino también en forma de compromiso activo, *militante,* con el modelo de sociedad incoado. Este aspecto es especialmente destacable porque, a diferencia del primer modelo descrito, el partido de masas nace poseído de la determinación transformadora del estado y de la sociedad *desde* el estado, lo que presupone el objetivo de acceder al poder estatal institucionalizado. En los partidos obreros incluirá, en sus distintas corrientes, la toma del estado para su destrucción, su sustitución o su transformación. El grado de compromiso del proyecto con la voluntad de los ciudadanos graduará su *autonomía*.

[4] «Party is a body of men united, for promoting by their joint endeavours the national intereſt, upon ſome particular principle in which they are agreed.» Se cita por la Edición de J. Dodsley in Pall-Mall, Fourth Edition, MDCCLXX

Para una versión, distinta, pero muy instructiva, de proceso similar en España, Fernández Torres, L., *Arqueología del pluralismo político moderno. El concepto de partido en España (1780-1868)*, Comares, Granada, 2018, 304 pp. Y la Recensión de Fernández Sarasola, I., «La forja del concepto de partido político en España», *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, 8, 2019, pp. 183-192. ISSN: 2255-0968 http://www.ehu.es/ojs/index.php/Ariadna/index. De este mismo autor, «La idea de partido en España: de la ilustración a las Cortes de Cádiz (1783-1814), *Cuadernos de Estudios del Siglo XVIII,* núms. 8 y 9. Oviedo, Instituto Feijoo de Estudios del Siglo XVIII, Universidad de Oviedo, 1999, pp. 81-102.

El modelo de partido de masas incluirá siempre un intento organizado de *tomar* el estado, un objetivo por lo demás que, en sus diversas presentaciones, es perceptible en la Europa de los treinta tanto en los partidos de izquierda como en los partidos democristianos, bien que de diverso modo. Sin embargo esa perspectiva aislada no permite una comprensión útil para nuestro objetivo. El partido de masas se consolidará precisamente, desde el punto de su vinculación futura al sistema democrático, al hilo de la transformación de los estados liberales sometidos a una amenazante crisis de legitimidad. Las transformaciones producidas en los estados tras la IIGM son, así vistas, expresión de la construcción de unas nuevas bases de legitimidad para la nueva dominación política asentada en estados democráticos y de derecho.

Ahora sabemos que el modelo de relación de las organizaciones partidarias acuñado en aquélla época era también una respuesta a una determinada contingencia. Nuevas necesidades asociadas a transformaciones sociales y políticas irán poco a poco sustituyendo aquél escenario que en algún momento se pretendió eterno.

Finalmente, y en último lugar, hay que mencionar el singular modelo de los partidos políticos en USA, en un aspecto que merece ser destacado más allá de la singularidad del modelo que les aleja sensiblemente de los aludidos. Me refiero al modo en que el sistema de partidos USA contribuyó a configurar un espacio político homogéneo más allá de las enormes diferencias entre territorios y culturas con la emergencia de la *nation.* Se trata de un modo de integrar territorios distintos en una unidad política que durante mucho tiempo fue soportada en gran medida por tan insólito sistema partidario de representación política y electoral. A pesar de tratarse de dos situaciones nada comparables, quizá merecerían estudiarse las prestaciones integradoras del sistema nacional español de partidos al hilo del desarrollo del Estado que denominamos autonómico, decidido mediante acuerdos políticos expresos y de calado por las principales fuerzas políticas cuando así fue preciso.

Pues bien, estos diversos orígenes que hemos acotado a los tres modelos descritos, despojados de sus circunstancias específicas, reflejan los materiales con los que se forjará el modelo, el arquetipo de la edad dorada —casi tipo ideal weberiano— de partido político.

Las organizaciones partidarias irán progresivamente cristalizando y sometiéndose a unos sistemas crecientemente sofisticados de evaluación de prestaciones, que se irán incorporando a las normas constitucionales o, en todo caso, al ordenamiento jurídico.

Los minuciosos, meritorios y útiles logros de los politólogos nos permitirán acceder a potentes herramientas metodológicas de análisis de modelos partidarios y de modelos sistémicos de funcionamiento, unos estudios durante mucho tiempo dedicados a advertirnos de *patologías* o *desviaciones* y de procesos de cambio y transformación. Todo ello desde modelos que incluían precomprensiones de la idea misma de partido como lo exige toda metodología propia de la actividad científica rigurosa.

Ahora bien, el modelo de partido *democrático*, es decir, de organización que expresa políticamente su fuerza en términos *representativos,* o lo que es lo mismo, en términos de apoyo electoral cuantificado, representa sólo una parte de la naturaleza de una organización partidaria. Junto a la función representativa, los partidos, bajo veste parlamentaria, como corresponde a los estados democráticos, *construyen representación*, o sea, son actores sin los cuales los órganos que expresan la voluntad estatal carecen de la posibilidad de hacerlo[5]. O dicho de otro modo, no hay soberano sin partidos que construyan una voluntad que le permite seguir acreditando tan privilegiada naturaleza. Este dato consustancial a los estados democráticos de derecho es el que permite realmente afirmar que los estados democráticos actuales sólo pueden seguir siéndolo con partidos políticos capaces de realizar aquélla función[6]. Algo que ya está dicho de uno u otro modo por el Max Weber de «La política como ciencia» o el Hans Kelsen de «Esencia y valor de la democracia»[7]. Y así hemos llegado a lo que sólo erróneamente puede ser visto como una paradoja: hoy no es posible la unidad estatal en un sistema democrático sino a partir de la puesta en cuestión de la voluntad que la acredita por quienes —por su propia naturaleza— no pueden invocarla sino como eslogan.

Desde este enfoque el concepto de *crisis de los partidos*, ya sea como formación concreta, *modelo* de organización o *arquetipo* no deja de proponer un juicio fútil que sólo puede proponerse desde un modelo implícito, un tipo ideal que pugna frontalmente con su origen y, al tiempo, con el penoso papel de sostener una escisión sociedad-estado siempre crítica y, por ello, ávida de la legitimidad precisa para habilitar una dominación cada vez más intensa que siga asegurando los procesos sociales básicos de las complejas sociedades actuales.

Toda esta ingente complejidad es la soportada por los estados más avanzados a través de esas piezas de fricción en que se han convertido los actuales partidos, ahora ya *coram populo,* como corresponde a los estados democráticos.

---

[5] Una reciente y autorizada advertencia sobre la compleja posición y función de los partidos políticos en esta línea en Denquin, J. M., «Propos introductifs», *Revue française de Droit constitutionnel*, 137, 2024, p. 3.

[6] Resulta especialmente convincente el enfoque que propuso Saward, M., «Making Representations: Modes and Strategies of Political Parties», *European Review*, Vol. 16, núm. 3, 2008, pp. 271-286. doi:10.1017/S1062798708000252

[7] Sigue siendo de obligada recomendación el librito de García Pelayo, M., *El estado de partidos*, Alianza Ed., Madrid, 1986, en donde el lector encontrará el prodigio de adquirir en escasas páginas un conocimiento de máxima calidad sobre todos estos aspectos. Para el librito de Hans Kelsen se deberá leer con atención la espléndida edición y traducción de la versión original completa realizada por Requejo Pagés, Juan Luis, *De la esencia y valor de la democracia*, KRK, Oviedo, 2006. Del mismo autor, «De la esencia y valor de la democracia, cien años después», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 118, 2020, pp. 309-317.

1.2. La complejidad organizativa de los partidos políticos

Las organizaciones partidarias que conocemos disponen de una densa estructura organizativa y están dotados de un elevado número de profesionales de diversa naturaleza precisos para vertebrar una frondosa *burocracia política.* Son organizaciones crecientemente colonizadas por expertos en procesos de gestión de la política, capaces de ofrecer pericias como las requeridas en la actualidad por la brega política diaria. En definitiva, se trata de organizaciones que acumulan una voluminosa cantidad de recursos personales y materiales que se ordenan según las reglas propias de la burocracia; ello incluye la capacidad de generar dinámicas propias eventualmente dotadas de autonomía respecto de la jerarquía política partidaria. De este modo los partidos políticos honran hoy no sólo la ley de hierro de la oligarquía propia de toda organización de poder, sino también las específicas leyes de toda organización burocrática.

Tan elevado nivel de burocracia política suele ser objeto de juicios de disvalor fundados en un cierto *animismo,* comprensible si atendemos al objetivo de tan singular especialidad: la búsqueda del acceso a los órganos estatales en un entorno competitivo. En los estados democráticos la habilitación para construir decisiones estatales, para representar en fin, requiere con carácter previo de un acto formal de acreditación, normalmente de naturaleza electoral, del grado de representatividad requerido por las normas constitucionales para abrir paso así al acceso a un poder institucional siempre limitado y siempre por plazo cierto.

Tal organización de la burocracia política es resultado, debemos recordarlo, de la aceptación por la institución estatal de sus limitadas capacidades para el ejercicio actual del objeto que le hizo nacer. Estas limitaciones, con base y origen en la escisión sociedad-estado indicada, guardan relación, según es comúnmente aceptado, con el incremento permanente de demandas a que ha sido sometida la institución estatal desde su origen.

En cierto modo, y como sucede en tantas ocasiones, el nacimiento e incesante despliegue de los partidos políticos no es sino expresión del recurso a una complejidad organizada para oponerla a la complejidad desorganizada que afronta siempre el poder estatal. Esta es una vieja técnica desarrollada febrilmente por la organización de la iglesia medieval y replicada de múltiples modos en la forma política estatal. Desde esta perspectiva un partido político es un instrumento de réplica de carácter técnico, uno más, de los que se viene sirviendo la forma estatal en el último siglo y medio.

El estado ha ido encarando el reto de complejidad de diversos modos, pero en lo que se refiere a la legitimidad ha recurrido expresamente a los partidos políticos de modo ya definitivo, vale decir como recurso *institucionalizado* que no institucional, en la segunda mitad del siglo XX. Todos los datos indican que nos encontramos ante un hecho irreversible *sic rebus*.

Este proceso ha sido visto por una mayoría de los estudiosos, ya desde las ciencias de la política o el derecho constitucional, como una *patología* de los sistemas políticos democráticos. La literatura es, como bien se sabe, abrumadora. Y renace periódicamente en determinadas coyunturas en las opiniones públicas de las sociedades democráticas: los partidos *como un mal necesario;* pero *mal* al cabo[8].

Se viene a sostener que en el último cuarto del siglo XX se ha ido intensificando una creciente invasión o, en otras visiones (inter)penetración, de la forma política estatal por los partidos políticos. Un fenómeno que vendría a subvertir tanto la estructura institucional estatal como la *misión propia* de los partidos políticos. Subyace a todo ello la idea de que el partido político posee una determinada naturaleza que delimita su capacidad de actuación y sus funciones mientras que la forma estatal es una y estática. El partido se habría ido aproximando cada vez más al estado, en una descripción que evoca un ámbito *espacial* del poder político, como consecuencia de la pérdida por estas organizaciones del *previo* arraigo social y la búsqueda alternativa de supervivencia al amparo del estado en una figura evocadora de una actuación *parásita*. Se trataría de una suerte de huida hacia la supervivencia a cambio de la *degeneración* de la idea y naturaleza del partido político como organización; o de una determinada al menos. Ello ha terminado fletando una redenominación de los partidos políticos como *agentes semiestatales*, una a modo de nueva organización *mutada* que serviría para explicar la crisis actual de los sistemas políticos democráticos[9]. Esta línea de *degeneración* del partido político *comm'il faut* se suele datar en las primeras formulaciones del concepto de *catch-all-party* (*Allerweltspartei* en la pionera obra de Kirchheimer) que es sin embargo anterior a su universalización como *forma o modelo*[10].

Este proceso, tal y como se describe por la tendencia científica mayoritaria tan expeditivamente resumida aquí, sugiere una suerte de atrincheramiento frente a un enemigo que ya no está «a las puertas» sino franqueándolas. Un análisis que, como ha sido puesto de manifiesto por otras corrientes politológicas, es simplificador y reductivo al

[8] En nuestra cultura política nacional es muy llamativa la renuencia a la participación política *organizada*, y en general a cualquier forma de práctica asociativa, frente a la mejor disposición hacia la participación *directa* pero esporádica. La Encuesta Social Europea nos sitúa regularmente en el primer o segundo lugar por número de manifestaciones, pero siempre mucho más abajo en nuestra disposición a asociarnos, en general y más específicamente a pertenecer a partidos políticos o asociaciones orientadas a la actividad política o ideológica. Fuente: *Home | European Social Survey.*

[9] De Katz, S., y Mair, P. véanse «Changing models of party organization and party democracy: The emergence of the cartel party», *Party Politics*, 1(5), 5-28. (2002). «The ascendancy of the party in public office: Party organizational change in twentieth-century democracies», en Gunther, R.; Montero, J. R., y Linz, J. J., (eds.), *Political parties,* OUP, Oxford, 2009,113-135. «The cartel party thesis: A restatement», *Perspectives on Politics*, 7, 753-766. Y de Mair, *Ruling the void: The hollowing of western democracy*, Verso Books, London, 2013. Debe advertirse que la bibliografía científica que siguió este enfoque es numerosa y variada.

[10] La obra de Kirchheimer, francamente ingente, ha sido sometida a reelaboraciones y reconsideraciones no siempre respetuosas con este tipo de transformaciones sobre las que llamó la atención de modo tan solvente. Es muy recomendable al respecto, de Krouwel, A., entre otras, «Otto Kirchheimer and the Catch-All Party», *West European Politics*, 26: 2, 23-40, doi: 10.1080/01402380512331341091

enunciar el problema en clave de una *patología* endógena con base en una toxicidad ínsita en las organizaciones, orientadas como están a la búsqueda de su supervivencia, evocando así un *patrón orgánico* de interpretación del problema. Pero este enfoque no contempla la secuencia histórica con la suficiente amplitud al marginar —o no tener en cuenta del modo preciso— el origen de los factores que han llevado a las organizaciones partidarias a estas nuevas configuraciones y patrones de actuación[11].

Los estudios que proponen un análisis de lo que sin duda constituye un proceso permanente de transformación de los partidos políticos como organizaciones, alumbran unas propuestas que estimamos más útiles para la comprensión de la situación actual. El proceso de migración de los partidos hacia la institución estatal no sería así un novedoso fenómeno de nuestra época asociado a una crisis de la democracia, sino expresión del origen y evolución de los estados europeos hacia la forma democrática de gobierno. Así visto el ensamblaje perceptible entre partidos y estado no debiera ser concebido como efecto derivado, ni causa, de la crisis de las democracias según suele presentarse, sino como característica del desarrollo de los sistemas democráticos en el siglo XX, con las variaciones reseñables en cada uno de los sistemas nacionales cuyos gérmenes de evolución se advertirían ya con cierta nitidez en el período de entreguerras[12]. Esta propuesta de enfoque desde una perspectiva más amplia en su dimensión temporal permite advertir con mayor precisión aspectos de este proceso de *migración* que de otro modo quedan erradicados del análisis que habitualmente se ofrece[13].

De modo que el diagnóstico de situación requiere un pronunciamiento congruente con el proceso previo en la medida en que todas aquellas fases integran un todo lógico y analítico del estado actual del conocimiento sobre los partidos políticos como organizaciones, o quizá deberían hacerlo.

---

[11] Especialmente ilustrativo me parece el enfoque, en esta línea, de Corduwener P. (*Pepijn*), «Democracy and the Entanglement of Political Parties and the State: Party-State Relations in 20th-Century France, Italy, and Germany», *Comparative Political Studies,* 2020, Vol. 53(1), 40-70, doi: 10.1177/0010414019843548

[12] La tendencia de los partidos a *representar* el estado sería así un asunto de largo aliento del que los más avispados estudiosos ya se percibieron en la década de los treinta, al advertir cómo los partidos de masas tendían a desplazar los procesos de agregación desde la representación de sus grupos sociales de referencia hacia procesos de identificación con el concepto de interés general y, a su través, con los intereses del estado como institución. Esta fue una idea claramente desarrollada en el crisol de la socialdemocracia alemana. Sigmund Neumann alertará en 1932 del «ensamblaje de los partidos con el destino de la *Gesamheit*...», también para el caso de los denominados partidos de clase, que deliberadamente se dirigen a una parte del pueblo, aunque no pueden sustraerse a aquél vínculo». Neumann, S. (1932), *Die politischen Parteien in Deutschland*, Verlag Junker und Dünnhaupt, Berlin. En Corduwener, de quien tomo la frase. Se cita por la edición de 1965 que cambió su título: *Die Parteien der Weimarer Republik*. Stuttgart. Hay otra edición posterior, 1985, prologada y preparada por Bracher, K. D. Mainz, Kohlhammer.

[13] Corduwener, *cit.,* p. 59. El autor ajusta su análisis a tres procesos: Alemania, Italia y Francia.

1.3. La organización partidaria como respuesta a la complejidad

Los orígenes de la actual expresión de complejidad organizativa de los partidos políticos surgirán, según quedó dicho, con el nacimiento de los partidos *de masas*. Y, a su vez, tan importante transformación de las organizaciones partidarias no puede verse sino como consecuencia del incremento del volumen de voluntades políticas individuales que requerirán procesar los órganos estatales para seguir expresando la voluntad soberana. Esta función catalizará la proclamación del sufragio universal en los sistemas políticos, lo que disparará un incremento de la sofisticación y complejidad de las organizaciones políticas llamadas a encarar el reto. Todo ello no resultó de la voluntad de dichas organizaciones, ni tampoco de una determinación de los estados expuestos a tan espectacular transformación. Antes bien, resultó de procesos —frecuentemente cruentas luchas políticas— que se resolvieron en transformaciones de gran profundidad protagonizadas por *las masas* que emergerán como sujeto político nuevo en el primer tercio del siglo XX.

Ello incluye la importante salvedad de que ni los partidos políticos rampantes llamados a organizar políticamente grupos sociales como nuevos sujetos políticos ante, frente o incluso contra el estado existente pero en crisis de legitimidad abierta, ni este mismo fueron sino actores frente a un problema. Si aquellos partidos, en no pocos casos, se vieron obligados a reformular sus estrategias de acceso o incluso conquista del poder, el estado por su parte debió reconsiderar el modo de concebir la idea de unidad estatal, de voluntad soberana y de sujeto de esa misma voluntad. Es ese proceso, expresado en modos distintos y épocas distantes unas de otras, el que actuará como *crisol* de donde surgirá el partido político que en la actualidad parecemos volver a diagnosticar como en crisis, junto al orden democrático al que ha prestado las cruciales funciones que le fueron exigidas.

El formato de partido político asociado a los estados de democracia representativa y el propio estado así configurado se conciben como resultado de un complejo proceso orientado a asegurar la existencia del estado legítimo, a —en definitiva— seguir siendo capaz de emitir mandatos de poder formalizado dotados de la legitimidad precisa para lograr su obediencia. En el estado democrático tal proceso de representación, trasunto de toda forma estatal, obtiene su legitimidad si —y solo si— el acto de expresión de la voluntad estatal es, a la vez, representativo. La complejidad que incorpora esta exigencia de representatividad determinará la posición del partido político en los sistemas democráticos tal y como lo conocemos.

Ahora bien, los procesos representativos soportados por los partidos políticos necesariamente les *determinan* como organizaciones: en el tiempo, circunstancia y entorno en que operan. Y ese conjunto de factores ha ido transformándose de modo lento pero

significativo y con ellos los procesos de representación, y lógicamente las propias organizaciones.

De aceptarse lo anterior podríamos quizá compartir que la crisis de los partidos y, en inescindible relación, la de los propios sistemas democráticos, requeriría ampliar el ángulo de visión incorporando las transformaciones de los procesos representativos y la evolución de la idea misma de la correlación representación-representatividad. Pero no sólo desde el punto de vista comúnmente aceptado, como respuesta a los cambios en las respectivas sociedades, sino incluyendo la incorporación al análisis de las transformaciones de la propia institución estatal y su estructura. Así podríamos considerar un escenario distinto: quizá los partidos no es que desempeñen defectuosamente las funciones que ciertos cánones imponen en los procesos representativos, sino que más bien realizan otras —además de algunas preexistentes pero modificadas— que han venido a adquirir mayor relevancia en la representatividad democrática actual.

Un patrón universal, asociado a la idea clásica de gestión partidaria de la representatividad, viene a incluir los siguientes requisitos *canónicos* como requerimientos demandados a los partidos políticos. Se trataba de organizaciones con un anclaje sólido en grupos sociales determinados, de entre los que extrae su militancia y obtiene un apoyo estable. Sirve a estos grupos sociales mediante un mensaje ideológico y un programa político congruente con aquéllos. Pero este descriptor y tipo de organización constituyen un modelo histórico asociado a una idea de representatividad sólo parcialmente reconocible en los actuales estados democráticos[14].

Los procesos políticos representativos articulados en clave partidaria se definen como competitivos, son de variada presentación y a cargo de un elenco de actores entre los cuáles el ámbito electoral —uno de entre varios— se distingue por presentarse especialmente formalizado[15]. Pero en la actualidad, siguiendo a Seward, los complejos procesos representativos desempeñados por los partidos deber ser comprendidos en base a tres tipos de técnicas partidarias de representación. Se trata de una propuesta que, al incluir una diferenciación taxonómica de los procesos representativos, quizá permita una detección más precisa de la planta organizativa de nuestros partidos como efecto *reflejo* del desempeño de aquellas funciones. Tres serían los tipos analíticos de representación que permiten comprender en la actualidad el desempeño partidario.

---

[14] Sigo en la propuesta taxonómica descrita a continuación a Seward, M., *cit.*, y la bibliografía allí citada; especialmente. Van Biezen, I., y Saward, M. «Democratic theorists and party scholars: why they don't talk to each other, and why they should», *Perspectives on Politics*, 6(1), 21-35. De la misma van Biezen «The place of parties in contemporary democracies», *West European Politics*, 26, 171-184.

[15] «Careful strategic choices (and gambles) need to be made by parties — how do we claim to stand for the interests of this group? Which aspect of their interests do we focus on (and which do we downplay or sideline?). How do we convince them that their primary interests really are what we say they are? What resources can we call on to back up our claims? Crucially, answers to these questions depend a great deal on when and where the claims are made; different resources (technological, political, economic etc.) are available, and different strategies thinkable, in different eras and places». Seward, *cit.,* p. 274.

La representación *popular*, en primer lugar, como un modo de actuación que evoca la idea de representación-autorización en Pitkin. El partido realiza en un entorno electoral la función de valedor de sus intereses e ideología más señeros e identificativos. Se trata de un tipo de acción representativa configurada en los estados democráticos pre y post II GM que se corresponde con la emergencia de los partidos de masas en entornos de sufragio universal. Así en los partidos socialdemócratas agentes de los intereses de los trabajadores, dotados de una fuerte organización como instrumento de aseguramiento del arraigo en sus grupos sociales de referencia y guardián de una determinada concepción de la sociedad y un programa político de transformación de la institución estatal. El partido es también expresión de una idea precisa de soberanía política y de nación y no mero agente electoral, sino auténtico sujeto de representación política que convierte a sus electos en principales, si no únicos, actores capaces de hacer presente la voluntad representativa de sus representados.

La representación *estatal,* en segundo lugar, define la acción de los partidos como portavoces de determinadas demandas o posiciones ideológicamente desvaídas —en entornos electorales o no— elaborando visiones ideológicas y propuestas programáticas transversales o disociadas de identificaciones políticas precisas[16]. Se corresponden con los modelos que desde los años 80 hasta hoy han sido etiquetados con los términos de *catch-all* y, con posterioridad, *partidos cártel.* Son organizaciones con vocación de eficaces representantes y acreditados conocedores de los problemas sociales. De un lado destacan en su gestión de la política por su capacidad de intervención y adaptación de las funciones del estado al mismo tiempo que, de otro, hacen presente el estado en el pueblo mediante reconstrucciones de los intereses y aspiraciones nacionales: representan de otra manera, pero representan. Los partidos, cuando así actúan, pueden ser vistos como agentes estatales en la medida en que sitúan al estado frente a la sociedad, por oposición al primer tipo descrito. En este contexto los enunciados ideológicos se debilitan reelaboran y adecúan, lo que abre el abanico representativo de la organización más allá de sus grupos sociales de referencia. En este ámbito de representación las organizaciones partidarias quedan habilitadas para acciones estratégicas de mayor sofisticación que las asociadas al primer tipo descrito. Ofrecen una especial capacidad para promover una idea de sujeto colectivo más flexible e identificar grupos de rechazo o elaborar propuestas orientadas a ampliar su apoyo electoral. Se trata en definitiva de un enfoque distinto de la función representativa.

Finalmente, el interesante modo de la representación *refleja* que apunta a una hibridación de la representatividad preexistente. En este entorno el partido se implica en una variada gama de procesos en diferentes contextos y entornos, electorales o no. Pro-

[16] Respeto el término *statal* usado por Seward, aunque probablemente su traducción se aproximaría más a *institucional*. En USA *statal* convive con *national* en un juego de conceptos que no se corresponde con nuestro modelo europeo continental tan asociado al estado/nación.

pone programas flexibles/adaptativos orientados pragmáticamente y actúa mediante *joint ventures* incluso con grupos de interés y movimientos sociales. Este modelo incipiente de representación supone desde luego la aceptación de fuertes alteraciones en el clásico patrón organizativo de los partidos. La organización se orienta hacia la apertura de canales de identificación de intereses plurales sugiriendo una preconcepción de la idea misma de sociedad diferente a la implícita en los dos modelos antedescritos. En este tipo de situaciones se trata de incorporar a la agenda política intereses percibidos como no permanentes que son objeto de procesos deliberativos democráticos con la consiguiente devaluación de los aspectos ideológicos frente a las prácticas de consulta y deliberación. De este modo la imagen arquetípica es la de una organización sensible a «los nuevos problemas», es decir, *un partido abierto* volcado en la promoción de propuestas políticas de contingencia en la que deben verse reflejados los interesados y los ciudadanos en general que, de este modo, *sienten* formar parte de la política finalmente decidida.

Es importante destacar que estos tres tipos de actuación de las organizaciones partidarias deben utilizarse «a la Weber», en la medida en que se corresponden con modos que conviven en la práctica, bien que de acuerdo a su respectiva naturaleza. E igualmente, no se trata de tipos históricamente secuenciales, sino que actualmente todo partido opera de acuerdo a las tres pautas en la práctica política, que pueden perfectamente encabalgarse y convivir de muy desigual modo en los diversos sistemas democráticos. Finalmente, ninguno de ellos es *más* democrático que otro por naturaleza, por lo que en la práctica representativa uno u otro puede ser considerado de mayor o menor fidelidad a la idea de representación..., que se sostenga.

La convivencia de estas prácticas en los procesos políticos actuales provoca transformaciones y los partidos *mutan* o *hibridan* alterando el *arquetipo previo* con el que sin embargo seguimos manejándonos[17]. Pero quizá, de nuevo Seward, la cuestión no consista tanto en escrutar la naturaleza del vínculo entre partido político y democracia representativa, sino antes bien preguntarnos por el tipo de democracia representativa que compartimos y, una vez aclarado este punto, pronunciarnos por el formato y estructura de organización partidaria adecuada congruente.

Pero hasta ahora ha sucedido más bien a la inversa, pues son los partidos los que acompañan los procesos políticos de transformación de los sistemas de *decisión making* al hilo de las tensiones que van aflorando en el núcleo de esta transformación permanente: o sea, la interminable deriva del nexo sociedad-estado con origen en los procesos sociales cambiantes.

[17] Schmitter, P. C., «Parties are not what they once were», en Diamond, L., y Gunther, R. (eds.), P*olitical Parties and Democracy,* John Hopkins Univ., 2001, en Seward, p. 284.

2. Características de la intervención constitucional de los partidos políticos

Los partidos políticos en un entorno de democracia representativa operan como respuesta funcional a las limitaciones de la representación política estatal para gestionar la complejidad de la vida social contemporánea, en la medida en que carece de los recursos precisos para procesar las articulaciones y fragmentaciones del pueblo soberano que sin embargo debe enfrentar para sostener la legitimidad de la dominación[18]. El partido político se sitúa así en una posición difícilmente definible pues, si satisface un desempeño esencial en los procesos determinantes de la democracia representativa, es muy otro su papel frente al estado al que posibilita seguir desempeñando su esencial función de institución capaz de determinar el destino colectivo.

A su vez sólo una parte de su actividad es relevante para los procesos estatales pues las organizaciones partidarias —con las salvedades de cada ordenamiento— no dejan de ser resultado del ejercicio del derecho de asociación en los estados democráticos de derecho, cuyo objeto no se reduce a las funciones a que aludimos. De modo que la intervención estatal en cualquiera de sus modalidades está sujeta a las que todo derecho fundamental opone al poder constituido.

La relación necesariamente jurídica que el estado mantiene con las organizaciones partidarias de acuerdo a la habilitación constitucional correspondiente está, por tanto, formalizada. De un lado ello exige el despliegue de una regulación que tiene su historia[19]. Pero de otro los partidos sólo pueden proporcionar la colaboración precisa al funcionamiento de los procesos de legitimación del poder si son *libres* como asociaciones. Hay aquí como es evidente una consustancial tensión de contrarios, encadenada a la existente entre partido-estado, soportada por una regulación jurídica de la actuación de los partidos y de su estructura y naturaleza jurídica, igualmente imprescindible para asegurar determinadas características de los procesos de formación de la voluntad política del pueblo como sujeto soberano. Las regulaciones constitucionales y legales de los actuales estados democráticos se desenvuelven —siempre problemáticamente— entre esta delicada maraña[20].

Al igual que el proceso histórico de nacimiento y transformación de los partidos, su intervención normativa posee su propia historia sobradamente descrita en la bibliografía. Nosotros nos ocuparemos aquí de una breve descripción del tratamiento de la relación estado-partidos en los diversos ordenamientos a lo largo de su historia.

---

[18] Ciaramelli, F., *L' immaginario giuridico della democrazia*, Giappichelli, Turin, 2008, p. 70.

[19] Deberá leerse al respecto el opúsculo de Triepel, H., *La constitución y los partidos políticos*, en la edición de Punset, R., acompañada de un luminoso *Estudio preliminar*, Tecnos, Madrid, 2015.

[20] Se aprenderá mucho de ello en *Los partidos políticos en la Constitución alemana: norma y realidad*, con edición y traducción de I. Gutiérrez. La brillante Introducción de este autor es extremadamente precisa en la descripción de la problemática en Alemania. Marcial Pons, Madrid, 2022.

Más allá de algunos precedentes, la constitucionalización de los partidos políticos, distinta a su reconocimiento, tiene su origen en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en la Constitución italiana de 1947, lo que está lejos de ser una coincidencia, sino antes bien una declaración de rechazo del pasado inmediato como primer, aunque no único, objetivo.

Ahora bien, que las constituciones reconozcan, regulen y hasta describan algunas de las funciones relevantes para la institución estatal no les convierte en fuente primaria del ordenamiento regulador de la práctica de los partidos, sino sólo parcialmente. Pero es también evidente que un análisis permite observar que los preceptos reguladores, o meramente reconocedores, contienen una idea implícita de partido más o menos definida que, en general, se corresponde con un determinado y epocal concepto bastante próximo al arquetipo de la que hemos denominado *época dorada.*

No obstante este período de más de tres cuartos de siglo permite advertir secuencias o fases distintas, que bien podríamos denominar *olas,* en el continente europeo, deducidas del nacimiento de nuevos estados o de la reforma y sustitución de viejos textos constitucionales[21].

Es relevante observar la diferente intensidad con que afrontan su regulación los distintos ordenamientos. Frente a constituciones que guardan una autocontención evidente mediante la fría descripción de estos actores, otras desarrollan una intervención francamente florida. Resulta en esta línea muy interesante la propuesta de Van Biezen y Borz de medición de la *intensidad* de la constitucionalización[22]. Las determinaciones cuantitativas que resultan acreditan una muy variable intensidad, tanto en la pretensión como en la profundidad de la constitucionalización.

Y lo mismo sucede con la vinculación de los partidos políticos a los diversos ámbitos regulativos constitucionales con los que las normas constitucionales les ponen en relación. Nuestra constitución de 1978, por ejemplo, relaciona los partidos políticos, según los criterios que estamos manejando, con los principios democráticos, derechos y libertades, actividades, identidad/programa y aspectos no parlamentarios[23]. Con carác-

---

[21] Pero incluso movimientos tan potentes y universales conviven con ordenamientos que no los incluyen en su norma suprema. En la actualidad sucede en Países Bajos, Bélgica, Irlanda y Dinamarca. Dejamos al margen al Reino Unido lógicamente.

Para todos estos datos me sirvo de Van Biezen, I., y Borz, G., «Models of Party Democracy: Patterns of Party Regulation in Post-War European Constitutions», *European Political Science Review*, 4(3), 2012, pp. 327-359. La tabla de periodización en cinco etapas en p. 11. Los datos considerados alcanzan hasta 2012.

«Place of Political Parties in National Constitutions: A European Overview», disponible en https://www.researchgate.net/publication/315445375_Place_of_Political_Parties_in_National_Constitutions_A_European_Overview [accessed Jun 17 2024].

[22] Proponen dos magnitudes. El *rango* mide la implicación del texto constitucional en el grado de compromiso con los partidos políticos mientras que la *magnitud* delata el número de previsiones *constitucionalizadoras* que contiene la norma. Van Biezen y Gorz, *cit.,* pp. 16-19.

[23] Lo que cuantitativamente se mide porcentualmente en 27.2, 18.2, 18.2, 18.1, y 9.1 respectivamente para cada uno de los ítems. En comparación España ocuparía una posición media. *Ibidem*.

ter general la tendencia ha sido a una mayor pormenorización de la regulación constitucional con especial minuciosidad en las constituciones redactadas tras la caída del Muro en 1989. Y de igual modo, las constituciones del Sur de Europa contienen disposiciones más pormenorizadas que los países del Norte de Europa, siempre como tendencia. Obviamente las cinco etapas indicadas registran variaciones y oscilaciones significativas, salvo el aspecto de la regulación de los partidos como actores parlamentarios que sigue manteniendo una media de intensidad constante consolidada en los años 1960-1980[24].

Del estudio del conjunto de regulaciones constitucionales sobre los partidos políticos en la Europa de los últimos tres cuartos de siglo es deducible además una suerte de criterio común subyacente, que remite a la teoría política democrática, a sus diversas formas de entenderla y, también lógicamente, a la propia cultura política. Son de nuevo Van Biezen y Gorz las que describen tres formas de entender los partidos en los ordenamientos constitucionales que se corresponderían con tres formatos que, con mayor o menor nitidez son rastreables en todos los ordenamientos.

La primera concepción, y quizá dominante, concibe el partido como una organización útil al sistema democrático como un todo. Por ello en estos casos las constituciones asocian los partidos a los principios democráticos y al sistema de derechos y libertades: los partidos resultan de la práctica del derecho de asociación, de la libre expresión y son por tanto libres en su creación y actividad. Todo ello se asocia a un control judicial de la constitucionalidad y legalidad de su programa, actividad e identidad de conformidad a aquél sistema de derechos. Ello implica la necesidad de un segundo nivel subconstitucional de regulación de esos extremos. En cierto modo este es el formato que más se asocia a los partidos políticos como imprescindibles en el sistema democrático.

Un segundo modelo configura un partido de gobierno moderno. La constitución se orienta a una regulación centrada en «el partido en el parlamento» y en el desempeño de su acción gubernamental en la medida en que la función de gobierno proporciona el acceso a los recursos públicos y de comunicación en las dimensiones propias de los ejecutivos modernos.

Finalmente, un grupo de constituciones hacen pivotar su regulación en torno a los partidos como organizaciones centrales en la función de defensa de la democracia. Ello lleva a enfatizar los aspectos extraparlamentarios relacionados con el control de la actividad de los partidos políticos en lo que se refiere a su conformidad con los valores centrales del sistema democrático. En esta línea se registran intervenciones fuertes en el ámbito electoral y sus reglas[25].

[24] *Ibidem,* p. 32.
[25] *Ibidem*, pp. 33-36.

3. Sobre las transformaciones actuales de los partidos políticos

Y no crisis.

El término crisis posee un amplio sentido pero, más allá de cuestiones semánticas, en un entorno técnico alude a disvalor respecto de un funcionamiento previamente correcto en base a una determinada preconcepción. Pero, si hablamos de partidos políticos, los términos técnicos de comparación para evaluar sus condiciones de funcionamiento y emitir diagnósticos de crisis son variados. En términos de ciencia política es fácil afirmar que toda organización política partidaria está en crisis, salió de una crisis o está comenzando un proceso crítico. Esta afirmación es seguramente correcta en los términos propios de la politología entendida como la ciencia que estudia las organizaciones de poder y sus procesos. Sin embargo un juicio similar, tomando como patrón de crisis la trayectoria histórica que hemos descrito permite un diagnóstico de situación francamente distinto; ni necesariamente optimista ni lo contrario: simplemente distinto de validez similar a cualquier otro en el ámbito que le es propio. Si, para un sistema o partido concreto, introducimos además los contextos institucionales correspondientes, incluyendo las diversas formas de tratar constitucionalmente las organizaciones partidarias, emitir un diagnóstico de crisis no será desde luego imposible, pero en la mayoría de los casos podrá sustituirse por términos como el de *transformación.* En este sentido la deriva de los partidos políticos posee un perfil similar a la que ha experimentado su compañero de viaje, el instituto de la representación política que, como sabemos, está en constante transformación (o crisis).

La crisis, entendida en su sentido fuerte, como proceso de desaparición de las organizaciones partidarias —o de riesgo de ella— puede desde luego descartarse, si reparamos en que su suerte está ya ligada a la de la misma institución estatal; democrática o no. Porque si bien es cierto que los partidos, tal y como los conocemos en los sistemas democráticos, resultan imprescindibles para su funcionamiento, la historia nos ha permitido conocer —y seguir conociendo— organizaciones partidarias que sirven a estados que niegan las libertades y las democracias. Los partidos no son exclusivos de los sistemas democráticos, pero son imprescindibles en los estados que así se organizan. Hay sin embargo una nota común a todo partido político: se trata de una respuesta o réplica que surge en un determinado grado de desarrollo de las sociedades humanas que se organizan como estados. Evidentemente cambian, y sustancialmente, las organizaciones y las condiciones de actuación, como es obvio, pero deberíamos advertir que todos estos cambios no han hecho sino reforzar su posición en la configuración de los procesos estatales de decisión.

Los partidos políticos en los sistemas democráticos actuales —que son los que nos ocupan— están, desde luego, sometidos a transformaciones muy llamativas. Son todas ellas resultado de factores propios de su posición y funcionamiento, pero con un dato

común a todos ellos: nacen del desequilibrio entre las demandas del sistema político y sus prestaciones como organizaciones, y no parece que dispongamos de otra herramienta por el momento. Tan evidente como que nuevas demandas siguen actuando como vectores de transformación de esas mismas organizaciones, lo que sugiere revisar los términos de comparación con los que emitimos nuestras evaluaciones sobre su organización y prestaciones[26].

[26] Hay sin embargo una potente emergencia de bibliografía sobre la impronta tecnológica (*technological imprinting)* del uso —ya masivo— de las tecnologías comunicativas por los partidos políticos y la tesis de que ello reconfigurará las organizaciones partidarias. Un asunto a seguir. Así, por ejemplo, Raniolo, F., y Tarditi, V., «La rivoluzione digitale e le trasformazioni organizzative dei partiti», *Rivista di Digital Politics,* 2, maggio-agosto 2021. doi: 10.53227/101942.

CAPÍTULO 8
DEMOCRACIA, IGUALDAD Y OLIGARQUÍA DIGITAL

Óscar Sánchez Muñoz
(Universidad de Valladolid)
Profesor (ApC) de Derecho Constitucional

1. Introducción

La democracia no significa otra cosa que la igualdad política entre los ciudadanos, es decir, su igualdad potencial para participar en la toma de decisiones políticas. Cuando existe una oligarquía económica que traslada su poder al ámbito político, poniendo a los poderes públicos a su servicio, dicha igualdad se quiebra y la democracia se vacía de significado.

En el presente capítulo me propongo analizar de qué manera las grandes compañías tecnológicas están operando como una oligarquía global y ofrecer algunas reflexiones generales sobre como el Derecho —y en particular el Derecho constitucional— puede poner coto a esta tendencia oligárquica para salvaguardar la democracia y proteger los derechos fundamentales.

El poder oligárquico de las grandes compañías tecnológicas supone una amenaza extraordinaria para la democracia por dos motivos: por su carácter global y, sobre todo, por su dominio directo sobre la información y la comunicación. Este dominio le otorga una capacidad significativa para moldear la opinión pública e influir en la toma de decisiones políticas y, en particular, en los procesos electorales.

Por supuesto, las grandes compañías tecnológicas también siguen haciendo uso de los medios clásicos de influencia política, como el *lobbying*, la financiación política, los *think tanks*, los litigios estratégicos o las puertas giratorias. Pero, más allá de esos instrumentos habituales, lo que le otorga a la oligarquía digital una capacidad de influencia política desconocida en la historia de la humanidad es su dominio del ecosistema comunicativo, ejercido a través de la moderación de los contenidos, de la personalización de la información que recibimos a través de los algoritmos, de la vigilancia y la recopilación

masiva de datos, y de la dependencia económica que generan en los medios de comunicación y en las empresas de creación de contenidos. Este dominio, además, se está viendo cada vez más potenciado por el uso de herramientas de inteligencia artificial.

Lo cierto es que hemos dejado armas muy poderosas en las manos de actores privados muy poderosos sin ningún control: ¿Qué podía salir mal? No es de extrañar que el auge de la revolución digital, desde la creación del Internet 2.0, coincida con un periodo de regresión de la democracia a nivel global. Esta coincidencia no debe interpretarse, como es obvio, en términos de causalidad simplista. Sin duda, las causas del declive de la democracia son muy diversas, pero lo que no puede negarse es que la revolución digital, lejos de fortalecer la democracia, más bien parece que la está erosionando en muchos lugares del mundo.

La conclusión es que solo un refuerzo y un perfeccionamiento de la regulación puede proteger nuestra democracia y nuestros derechos frente a las tendencias oligárquicas de las Big Tech. Esta regulación, como veremos, debe incidir en cuestiones como la competencia, la transparencia y la responsabilidad de las compañías tecnológicas, sin olvidar otras cuestiones fundamentales, como la lucha contra la desinformación.

2. Democracia y oligarquía

Desde comienzos de este siglo la doctrina politológica ha vuelto a popularizar el término oligarquía para caracterizar algunas tendencias preocupantes que se están produciendo en el seno de los Estados democráticos. El regreso del viejo concepto de oligarquía ha venido motivado por varios fenómenos asociados a la llamada «revolución neoliberal» que se inicia en los años 80 del pasado siglo[1]: el incremento de la desigualdad económica[2], que hace cada vez mayor la distancia entre una élite de superricos y la gran mayoría de la sociedad, el poder creciente de las grandes corporaciones y su capacidad para escapar a los controles establecidos por las autoridades estatales, y la confluencia cada vez mayor —al menos en apariencia— entre el poder económico y el poder político.

Es precisamente la confluencia entre el poder económico y el poder político lo que constituye el rasgo definitorio de la oligarquía. La oligarquía, ya desde los orígenes de este concepto, no es solo el gobierno de unos pocos, sino el gobierno de la porción económicamente más potente de la sociedad. Lo que define a la oligarquía es que el poder

[1] Por citar una de las autoras que ha contribuido más a la popularización del término «revolución neoliberal», véase, Klein, Naomi, *La Doctrina del Shock: El Auge del Capitalismo del Desastre,* Paidós, Barcelona, 2007.

[2] Este incremento ha sido analizado entre otros por Thomas Pikkety, que ha analizado como el rendimiento del capital tiende a superar el crecimiento económico, lo que lleva a una concentración de la riqueza y a un aumento de la desigualdad a lo largo del tiempo. Pikkety, Thomas, *El capital en el siglo xxi*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2013, p. 26.

económico se traslada al poder político, lo ocupa y lo pone a su servicio. Esta nota definitoria la encontramos ya en el propio Aristóteles cuando decía que «hay oligarquía cuando los que tienen riqueza son dueños y soberanos del régimen»[3].

En nuestro siglo, Winters ha puesto el énfasis precisamente en esta traslación del poder económico al poder político como rasgo distintivo de la oligarquía. Los oligarcas no son solo los ricos, son los ricos que usan su riqueza para controlar el poder estatal[4]. Para él, la riqueza oligárquica no es simplemente una gran cantidad de dinero, sino aquella que otorga un poder desproporcionado a sus poseedores, permitiéndoles influir en la política y, además, hacerlo en su beneficio. Como dice el propio Winters, «la oligarquía es el gobierno de unos pocos para unos pocos»[5]. Fundamentalmente, los oligarcas ponen el poder político a su servicio para defender su riqueza frente a todo aquello que suponga una amenaza, como puede ser la competencia económica, los impuestos redistributivos o los procesos judiciales, y lo hacen a través de su influencia en todos los poderes del Estado: la legislación, la administración y la judicatura. También usan el poder para seguir acumulando riqueza mediante la explotación de los recursos naturales o la manipulación de los mercados financieros, pues para ello también necesitan la complicidad —activa o pasiva— de las autoridades estatales.

Así definida, la oligarquía vacía de significado a la democracia. Las instituciones democráticas siguen existiendo, hay elecciones, hay un parlamento, hay un gobierno, hay un poder judicial, pero falta el elemento esencial para que puede hablarse de democracia: la igualdad entre los ciudadanos a la hora de participar en el poder político. En palabras de David Held, la democracia requiere que todos los miembros de la comunidad política disfruten de igualdad de derechos y oportunidades para participar en la toma de decisiones colectivas[6]. En similares términos, otro de los grandes teóricos de la democracia, Robert Dahl, enunció, como uno de los elementos constitutivos de toda democracia, que los ciudadanos tengan las mismas oportunidades de expresar sus preferencias, que estas preferencias sean consideradas por igual y que tengan el mismo peso en la toma de decisiones[7]. La democracia es, básicamente, igualdad política entre los ciudadanos, y la oligarquía supone, precisamente, la negación de dicha igualdad.

La oligarquía vacía de significado a la democracia porque socava el principio de igualdad en todas sus manifestaciones. En un sistema oligárquico, la igualdad ante la ley se ve comprometida, ya que los miembros de la élite van a disponer de recursos legales

[3] Aristóteles, *Política*, III, viii, 1279b. Cit. por Ramírez González, Simón, «Democracia y condición plebeya en el horizonte de crisis de la oligarquía neoliberal», *Política y Sociedad*, núm. 59(1), 2022, p. 1.

[4] Winters, Jeffrey A., *Oligarchy*, Cambridge University Press, New York (NY), 2011, p. 25.

[5] *Ibidem*, p. 1.

[6] Held, David, *Modelos de Democracia*. Alianza Editorial, Madrid, 3.ª ed., 2007, capítulos 2, 4 y 5.

[7] Esta idea de igualdad es central en el pensamiento de Dahl sobre la democracia, y se refleja en muchos de sus trabajos. Véase, por ejemplo, Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos,* Paidós, Bacelona, 7.ª ed., 1992, capítulo 11.

que no están disponibles para el ciudadano común, de manera que la ley, aun siendo igual para todos, no se va aplicar de igual forma para todos. La igualdad de oportunidades también se ve afectada, ya que los más privilegiados van a utilizar su poder para asegurarse toda suerte de ventajas (educativas, de contactos, de acceso a la financiación) que les permiten seguir perpetuando sus privilegios. Finalmente, la igualdad de la participación política también se ve erosionada, pues la élite económica, a través de su control de los medios de comunicación, va a influir en la formación de la opinión pública y va a conformar el discurso dominante. Cuando sea necesario, los oligarcas no dudarán en utilizar su poder económico para influir en las elecciones, comprar favores políticos y sobornar a funcionarios públicos. Oligarquía y corrupción casi siempre van de la mano. Este socavamiento de la igualdad, como presupuesto de la democracia, erosiona la confianza pública en las instituciones y lleva a la apatía y la desafección política entre los ciudadanos.

Las tendencias oligárquicas en las últimas décadas han sido analizadas en diversos contextos geopolíticos. Uno de ellos, bien conocido, ha sido el de los regímenes surgidos del colapso de la Unión Soviética[8]. Otro, el de los Estados Unidos, sobre todo a raíz de la elección como presidente de Donald Trump. En los últimos años, numerosos académicos han estudiado la degradación democrática del régimen estadounidense y la han conectado con el surgimiento de una oligarquía de superricos, grandes corporaciones y potentes grupos de interés.

Paul Krugman, por ejemplo, ha llegado a señalar que «el verdadero problema estructural se encuentra en el sistema político, que ha sido distorsionado y paralizado por el poder de un pequeño grupo de ricos»[9]. En una línea similar, Bartels ha afirmado que la política estadounidense puede ser definida «más como una plutocracia que como una democracia», tras identificar lo que él considera como un enorme sesgo en la formulación de las políticas públicas a favor de los más privilegiados[10], y Gilens ha demostrado con un exhaustivo análisis, la existencia dicho sesgo[11]. Otros autores, como Hacker y Pierson, se han centrado más en la influencia de los intereses empresariales organizados y han llegado a hablar de un sistema político en el que el ganador —en términos económicos— se lo lleva todo —también en términos políticos—[12]. Su obra es de gran interés para estudiar la evolución de los grandes grupos de presión empresariales en los Estados

[8] Podemos destacar, entre otras, Markus, Stanislav, *Post-Soviet Oligarchs: Wealth, Power, and Political Change*, Stanford University Press, Stanford (CA), 2018; Hale, Henry E., *Patronal Politics: Eurasian Regime Dynamics in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, New York (NY), 2015.

[9] Krugman, Paul, «Plutocracy, Paralysis, Perplexity,» New York Times, May 3, 2012.

[10] Bartels, Larry, *Unequal Democracy: The Political Economy of the New Gilded Age,* Princeton University Press, Princeton, 2008.

[11] Gilens, Martin, *Affluence and Influence: Economic Inequality and Political Power in America,* Princeton University Press, Princeton, N.J., 2014.

[12] Hacker, Jacob S., y Pierson, Paul, *Winner-Take-All Politics: How Washington Made the Rich Richer and Turned Its Back on the Middle Class*, Simon & Schuster, New York, 2011, pp. 107, 118, 134.

Unidos desde los años 70 del siglo pasado y como, a través de lo que denomina una «revolución invisible», estos grupos han acabado permeando las políticas de los dos grandes partidos.

Todas estas aportaciones, entre otras muchas, llevan a plantear serias dudas sobre si los Estados Unidos pueden seguir reflejando la característica central que Robert Dahl atribuyó a la democracia, a saber, «la continua receptividad del gobierno a las preferencias de sus ciudadanos, considerados como políticamente iguales». Lo que muestran las investigaciones citadas es que el régimen político estadounidense ya no cumple con ese requisito, pues, a pesar del reconocimiento formal de la igualdad, la toma de decisiones políticas favorece de manera consistente a las élites económicas, de manera que, los ciudadanos son todo menos iguales cuando se trata de influir en el gobierno de su país[13].

Obviamente, la igualdad política nunca puede ser un absoluto y en cualquier circunstancia siempre habrá individuos y grupos que ejerzan una mayor influencia sobre otros. La igualdad política es siempre una cuestión de grado y en toda democracia liberal, basada en un sistema capitalista de libre mercado, van a existir siempre tensiones entre el ideal democrático de la igualdad política y la (cruda) realidad de la desigualdad económica. Sin embargo, cuando hablamos de tendencias oligárquicas en las sociedades actuales no estamos hablando simplemente de eso. No estamos hablando, por así decirlo del nivel *normal* de desigualdad política que puede existir en cualquier democracia, sino que estamos hablando de una total y completa ocupación del Estado por parte de las élites económicas hasta el punto de que se llega a romper una de las promesas vitales de la democracia: que desigualdad material derivada del capitalismo va a ser neutralizada o, al menos, mitigada a través de la acción política democrática[14]. Aunque, ciertamente, esta promesa nunca se ha llegado a cumplir del todo —ni siquiera con el advenimiento del Estado social—, las tendencias oligárquicas actuales muestran que el mecanismo igualatorio está averiado y que la acción política democrática ha dejado de ser un instrumento eficaz para alcanzar dicha promesa.

3. El poder oligárquico de las compañías tecnológicas y su influencia en la democracia

En el siglo XXI, las compañías tecnológicas han emergido como actores de poder ineludibles, ejerciendo una influencia considerable en la sociedad y, por ende, en la política. Su dominio sobre la información, la comunicación y la infraestructura digital

[13] Myers, Ella, «The Non-Scandal of American Oligarchy», *Theory & Event*, Vol. 20, núm. 2, 2017, p. 303.
[14] *Ibidem*, p. 304.

ha disparado todas las alarmas sobre la enorme concentración de poder que acumulan y su impacto en el funcionamiento de la democracia.

En el momento de redactarse este trabajo, se hizo público que Nvidia se ha convertido en la primera empresa del mundo por capitalización bursátil, superando a Microsoft y Apple, que se sitúan en segundo y tercer lugar, respectivamente[15]. Entre las diez primeras se encuentran otros gigantes tecnológicos como Alphabet (Google, Youtube), Meta (Facebook, Instagram, WhatsApp) o X Holdings Group (X, Tesla y SpaceX). El auge de estas compañías ha venido impulsado por la revolución digital, que ha transformado profundamente nuestra forma de vivir, trabajar y relacionarnos. Su dominio sobre sectores clave, como la búsqueda en línea, el comercio electrónico, las redes sociales y los dispositivos móviles, les otorga un control significativo sobre la información y la comunicación. Además, su capacidad para recopilar y analizar ingentes cantidades de datos les proporciona una ventaja competitiva, permitiéndoles también influir sobre el comportamiento de los consumidores y de los ciudadanos. No cabe duda que el desarrollo reciente de la inteligencia artificial está contribuyendo a apuntalar aún más la posición de dominio de la que disfrutan.

La primera pregunta que nos podemos hacer es si las grandes compañías tecnológicas constituyen una oligarquía, en el sentido que le hemos dado a este término en el apartado anterior. La respuesta no solo es que sí, sino que, además, a mi juicio, constituyen un nuevo tipo de oligarquía que, por sus características intrínsecas, supone un peligro para la democracia de una gravedad desconocida en la historia de la humanidad.

Que las grandes compañías tecnológicas operan como una oligarquía mundial que ejerce una enorme influencia sobre los Estados para la defensa de sus intereses y la ampliación de su poder es algo que, entiendo, es difícil de poner en duda. Algunos autores han puesto en evidencia ciertos aspectos de este poder oligárquico. Zuboff argumenta que las grandes empresas tecnológicas han creado un nuevo modelo económico basado en la extracción y monetización de los datos personales —lo que ella denomina el «capitalismo de la vigilancia»—, lo que supone una amenaza no solo para la libertad individual, sino también para la democracia[16]. Lanier, por su parte, nos advierte que las redes sociales están diseñadas para manipular y explotar a los usuarios, exacerbando las divisiones sociales y atentando contra la autonomía personal, lo que tiene graves consecuencias para el sistema democrático[17].

---

[15] Agencia EFE, «Nvidia supera a Microsoft y Apple como mayor empresa de capitalización bursátil del mundo», EFE, 18/06/2024.

[16] Zuboff, Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power,* Public Affairs, New York (NY), 2019.

[17] Lanier, Jaron, *Ten Arguments for Deleting Your Social Media Accounts Right Now*, Henry Holt and Company, New York (NY), 2018.

Otro de los rasgos oligárquicos de las Big Tech es su tendencia al oligopolio, lo que se manifiesta en la falta de alternativas viables para los consumidores y su dependencia de estas empresas para acceder a servicios esenciales.

Todo lo anterior es cierto, pero podríamos preguntarnos cómo ejercen su influencia política las grandes compañías tecnológicas. ¿Qué es lo que las hace particularmente peligrosas para la democracia? En mi opinión, a diferencia de otras formas de oligarquía existentes en la historia, la oligarquía tecnológica posee unas características intrínsecas que le otorgan un poder inmenso: En primer lugar, se trata de una oligarquía global, que trasciende a las fronteras estatales y elude con facilidad las regulaciones. Pero, además, y sobre todo, lo que le otorga ese poder inmenso es su dominio directo sobre la información y la comunicación. Este dominio le otorga una capacidad significativa para moldear la opinión pública e influir en la toma de decisiones políticas y, en particular, en los procesos electorales. Así, en los últimos años, hemos visto como nuevas técnicas de comunicación digital, como la difusión masiva de desinformación o la microsegmentación con fines electorales, se han convertido en poderosas armas que ponen en cuestión la igualdad de oportunidades en la competiciones electorales[18].

La realidad es que esfera digital, el espacio en el que hoy en día se ejercen las libertades comunicativas, se encuentra bajo el control de un puñado de empresas que, a través de sus algoritmos, deciden cuál es la información y las opiniones que llegan a los usuarios de las grandes plataformas. La capacidad de las compañías tecnológicas para moderar el contenido en estas plataformas les otorga un poder considerable sobre la libertad de expresión. Es cierto que la moderación de contenidos es necesaria para poner freno a contenidos ilícitos y para tratar de combatir la desinformación, pero no es menos cierto que la falta de transparencia de los mecanismos internos de moderación genera bastantes dudas sobre la arbitrariedad de sus decisiones y su potencial para silenciar voces disidentes.

El libre flujo de información, que es la base de la existencia de una opinión pública libre, se ve cortocircuitado por la actuación de los intermediarios digitales que ejercen el papel de guardianes de entrada (*gatekeepers*) del sistema informativo —un papel que antes ejercían los medios de comunicación—, y lo hacen basándose en criterios puramente comerciales, sin ningún atisbo de responsabilidad social. Como señala el Comité de Ministros del Consejo de Europa[19], el control que ejercen las plataformas tecnológicas sobre el flujo, la disponibilidad, la capacidad de búsqueda y la accesibilidad de la información, supone un impacto potencial sobre el pluralismo.

[18] He tratado ampliamente estas cuestiones en Sánchez Muñoz, Óscar, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: desinformación y microsegmentación con fines electorales*, CEPC, Madrid, 2020.

[19] Consejo de Europa, Recommendation CM/Rec(2018)1 of the Committee of Ministers to member States on media pluralism and transparency of media ownership (07/03/2018).

Ya en 2012, Mackinnon señaló muchos de los problemas que la esfera digital representa para las libertades individuales y la democracia, entre los cuales está el control sobre la información de las grandes compañías, un control que se ejerce a través de la moderación de contenidos, la personalización de la información que recibimos a través de los algoritmos, de la vigilancia y la recopilación de datos, y de la dependencia económica que generan en los medios de comunicación y en las empresas de creación de contenidos[20]. Las plataformas se han convertido en los verdaderos árbitros de la expresión en línea y sus decisiones de moderación, a menudo opacas, pueden tener un impacto significativo en el discurso público[21]. Esto es así porque no son árbitros neutrales, sino que trabajan por sus propios intereses, de manera que sus prácticas pueden ser discriminatorias y perjudiciales para el discurso democrático[22].

Además de su influencia sobre el ecosistema comunicativo, las grandes compañías tecnológicas siguen utilizando ampliamente los mecanismos clásicos que permiten a los económicamente poderosos influir sobre la legislación de los Estados y defenderse frente a los controles y las regulaciones estatales que amenacen sus intereses[23]. Algunos de esos mecanismos son:

1. *Lobbying directo*. Las grandes compañías tecnológicas destinan enormes sumas de dinero para hacer valer sus intereses frente a los legisladores y los reguladores[24]. También invierten en campañas de relaciones públicas y comunicación para moldear la opinión pública y presentar una imagen positiva de sus empresas y productos.
2. *Financiación política*. En algunos casos, estas corporaciones realizan donaciones directas a candidatos, a partidos políticos, a comités de acción política (PACs) o a entidades sin ánimo de lucro para que apoyen sus intereses. En otros casos, pueden financiar campañas de movilización de los ciudadanos en temas legislativos relevantes para su negocio. Según un informe de la organización cívica Public Citizen, las corporaciones tecnológicas son hoy en día los mayores donantes en la política estadounidense, desplazando a las compañías petroleras y

[20] Mackinnon, Rebecca, *Consent of the Networked: The Worldwide Struggle for Internet Freedom*, Basic Books, New York (NY), 2012.

[21] Gillespie, Tarleton, *Custodians of the Internet: Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, Yale University Press, New Haven (CT), 2018, cap. 1.

[22] York, Jillian C., *Silicon Values: The Future of Free Speech Under Surveillance Capitalism*. Verso (edición digital), 2021.

[23] Un informe interesante sobre las estrategias de influencia política de las grandes compañçias tecnológicas son Corporate Europe Observatory, *The lobby network: Big Tech's web of influence in the EU*, 31/08/2021. Disponible en: https://corporateeurope.org/en/2021/08/lobby-network-big-techs-web-influence-eu [Consultado: 03/06/2024].

[24] Una descripción de este tipo de prácticas, relacionada con la elaboración de la Ley de Servicios Digitales de la Unión Europea, la encontramos en Gorwa, Robert; Lechowski, Grzegorz, y Schneiß, Daniel, «Platform lobbying: Policy influence strategies and the EU's Digital Services Act», *Internet Policy Review* [online], 13(2). Disponible en: https://policyreview.info/articles/analysis/platform-lobbying-digital-services-act [Consultado: 03/06/2024].

tabaqueras, y no es sorprendente que sus donaciones se centren fundamentalmente en los miembros de los comités del Congreso con mayor influencia en la legislación sobre privacidad y Derecho de la competencia[25].

3. *Participación en grupos de expertos y asociaciones empresariales*. Las grandes tecnológicas a menudo financian *think tanks*[26] y forman parte de asociaciones empresariales promueven políticas favorables a sus intereses[27]. Estas organizaciones pueden publicar informes, organizar conferencias y eventos, y participar en debates públicos para influir en la opinión pública y en los legisladores.
4. *Litigios estratégicos*. Las empresas tecnológicas pueden destinar importantes recursos para el planteamiento de litigios estratégicos en relación con leyes o regulaciones que consideren perjudiciales para sus intereses o para la defensa frente a las actuaciones de los organismos reguladores[28].
5. *Puertas giratorias*. Ex cargos públicos pueden ser contratados por las empresas tecnológicas para aprovechar su experiencia y contactos en el gobierno[29] y, en sentido contrario, antiguos empleados de estas empresas pueden pasar a ocupar cargos públicos y tomar decisiones favorables a ellas[30].

---

[25] Véase Public Citizen, *Big Tech, Big Cash: Washington's New Power Players* (marzo de 2021). Disponible en: https://www.citizen.org/article/big-tech-lobbying-update/ [Consultado: 03/06/2024].

[26] Algunos ejemplos de este tipo de *think tanks* son: Information Technology and Innovation Foundation, centrado en políticas públicas relacionadas con la tecnología y la innovación; Center for Data Innovation, especializado en el papel de los datos en la economía y la sociedad; Progressive Policy Institute, *think tank* de orientación progresista; o incluso la prestigiosa Brookings Institution, que ha recibido financiación de empresas tecnológicas como Google y Microsoft.

[27] Destacan U.S. Chamber of Commerce, Business Roundtable, y Computer & Communications Industry Association (CCIA).

[28] Algunos de los litigios más destacables de los últimos años son Epic Games vs. Apple (2020), en el que se trató de una demanda contra Apple por prácticas anticompetitivas relacionadas con la App Store y su sistema de pago; Microsoft vs. FTC (2023), que enfrentó a Microsoft con la Comisión Federal de Comercio (FTC) por su intento de adquirir Activision Blizzard; o los litigios de varios estados de los EEUU contra Google por prácticas anticompetitivas relacionadas con su negocio de publicidad en línea. En el ámbito europeo, recientemente se puede citar Google vs. Comisión Europea (2017), en el que Google fue multado con 2.420 millones de euros por la Comisión Europea por abusar de su posición dominante en el mercado de búsquedas en línea al favorecer sus propios servicios de compras; y Apple vs. Comisión Europea (2020), en el que Apple se enfrentó a una investigación de la Comisión Europea por posibles prácticas anticompetitivas relacionadas con la App Store y su sistema de pago. También Meta se visto sujeta a múltiples investigaciones y demandas en Europa relacionadas con la privacidad de los datos, la competencia y la moderación de contenidos.

[29] Por citar algunos ejemplos célebres, Neelie Kroes, ex comisaria europea de competencia, se unió al consejo asesor de Uber después de dejar su cargo; y Nick Clegg, ex viceprimer ministro del Reino Unido, fue fichado por Facebook como vicepresidente de asuntos globales y comunicaciones. Otros cargos fichados por Uber —empresa con bastantes problemas legales en muchos países— han sido David Plouffe, ex asesor principal del presidente Barack Obama, y Tony West, ex alto funcionario del Departamento de Justicia de Estados Unidos.

[30] Ajit Pai, ex abogado de Verizon, fue nombrado presidente de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) por el presidente Trump. Durante su mandato, la FCC derogó la neutralidad de la red. Margrethe Vestager que fue comisaria europea de competencia, había trabajado antes como consultora para empresas como Microsoft y McKinsey. Sin embargo, su labor en la Comisión ha sido elogiada por su postura firme contra las prácticas anticompetitivas de las grandes tecnológicas, como Google y Apple.

Una vez que hemos constatado que las grandes compañías tecnológicas operan como oligarquía global que despliega una enorme capacidad de influencia sobre las instituciones políticas de los Estados, nos podemos plantear una segunda pregunta para tratar de valorar de qué manera esta tendencia oligárquica está afectando a nuestras democracias.

A principios de los años 90 del pasado siglo, cualquier analista político habría manifestado un optimismo casi a prueba de balas sobre el futuro de la democracia en el mundo. Acababa de caer el Telón de Acero y en muchas partes del mundo los regímenes autoritarios estaban dando paso a procesos de transición a la democracia. Casi al mismo tiempo, Internet empezaba a dar sus primeros pasos efectivos como red global. Internet Explorer aparece en 1996 y el concepto de Web 2.0 surge en 1999. Desde entonces, el progreso ha sido vertiginoso: MySpace —la primera red social que tuvo un alcance masivo— apareció en 2003, Facebook en 2004, Youtube en 2005, Twitter (hoy X) en 2006, WhatsApp en 2009, Instagram en 2010... En pocos años, Internet y las redes sociales han llegado a todos los hogares y a todos los smartphones a un ritmo vertiginoso. Ninguna otra revolución en la historia de la humanidad se ha producido en tan poco tiempo.

Mientras tanto, podríamos preguntarnos qué pasó con la prometedora ola democratizadora de los 90. En las primeras décadas del nuevo siglo, algunas tendencias políticas muy preocupantes han empezado a dibujar un panorama sombrío: derivas claramente autoritarias en algunos países, democracia de baja intensidad —o de baja calidad— en otros, auge de movimientos populistas y extremistas en casi todo el mundo. En 2023, según el Índice de Democracia de *The Economist*, menos de la mitad de la población mundial vive en algún tipo de democracia (45,4%) y más de un tercio vive bajo un régimen autoritario (39,4%), un porcentaje que no ha dejado de aumentar en los últimos años. Sólo el 7,8% de la población disfruta de una «democracia plena», frente al 8,9% de 2015. Desde 2016, los Estados Unidos son considerados como una «democracia defectuosa».

El hecho de que los datos sobre el desarrollo de las tecnologías digitales y el declive de la democracia en el mundo vayan de la mano no significa que deban interpretarse en términos de causalidad simplista. Sin duda, hay múltiples causas sociales y económicas de fondo que explican gran parte de este declive. Pero, dicho esto, lo que sí parece innegable es que la revolución digital no ha servido para fortalecer la democracia, sino que más bien parece estar sirviendo para erosionarla en muchas partes del mundo, exacerbando las divisiones sociales y políticas, como señalan, entre otros muchos, Calhoun, Gonkar y Taylor[31].

[31] Calhoun, Craig; Gaonkar, Dilip, y Taylor, Charles, *Degenerations of Democracy*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2022, pp. 67-68.

¿Qué está ocurriendo entonces? Lawrence Lessig, fundador del Centro para Internet y Sociedad de la Universidad de Stanford y actualmente profesor en Harvard, nos ofreció un premonitorio análisis allá por el año 1999[32], cuando el Internet 2.0 estaba dando sus primeros pasos:

> «No hay razón para creer que los fundamentos de la libertad en el ciberespacio simplemente surgirán sin más. De hecho, como argumentaré, ocurre todo lo contrario (...) tenemos todas las razones para creer que el ciberespacio, dejado a su suerte, no cumplirá la promesa de libertad. Abandonado a su suerte, el ciberespacio se convertirá en una herramienta perfecta de control».

Hemos dejado las tecnologías de la información y la comunicación, que son herramientas muy poderosas, en manos de compañías privadas muy poderosas, sin ningún control ni limitación efectiva, y —¡oh, sorpresa!— las grandes empresas tecnológicas han utilizado estas herramientas para extender y reforzar su poder. Como en la fábula del escorpión y la rana, la oligarquía tecnológica global no puede evitar comportarse como tal, influyendo en el poder político para ponerlo al servicio de sus intereses, en detrimento de la igualdad política de los ciudadanos y, por consiguiente, de la democracia.

4. ¿Cómo proteger la democracia? ¿Qué papel para el derecho constitucional?

El Derecho constitucional surge con las revoluciones liberales con el objetivo fundamental de limitar el poder para proteger la libertad de los individuos. A pesar del impulso igualitario inicial, lo cierto es que los Estados liberales que surgieron de los procesos revolucionarios se asentaban sobre una doble desigualdad, política y socioeconómica, que solo empezó a ser superada cuando los Estados de Derecho se convirtieron también en Estados democráticos y sociales. Así conformados, los Estados constitucionales se valieron del Derecho —fruto de la voluntad democrática de la ciudadanía representada en los Parlamentos— para crear mecanismos de reducción de las desigualdades y, de esta manera, ir contrarrestando las tendencias oligárquicas que se generan de forma natural en el seno de toda sociedad.

Como hemos visto en los apartados anteriores, este esquema se enfrenta a la aparición de una nueva forma de oligarquía, global y digital, que se resiste a verse someti-

[32] Lessig, Lawrence, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York (NY), 1999, p. 2. En España esta obra ha sido publicada como *El Código 2.0* en el año 2009 por Traficantes de Sueños.

da por el Derecho y que trata de influir en los procesos democráticos para lograr ese objetivo. Frente a este reto, los Estados democráticos solo disponen, a mi juicio, de una opción: reforzar y perfeccionar sus instrumentos jurídicos para garantizar los derechos fundamentales y salvaguardar la democracia. Como ha señalado Balaguer[33], si el poder está cambiando, el Derecho constitucional también debe cambiar para poder seguir cumpliendo con su función. Es preciso, señala este autor, «constitucionalizar los algoritmos», es decir, proponer una nueva narrativa para el constitucionalismo que permita reafirmar los principios y valores constitucionales frente a los retos del mundo digital.

Está claro que, si se dejan armas muy poderosas en las manos de actores privados muy poderosos, lo más lógico es que las utilicen en su beneficio, a menos que los poderes públicos establezcan ciertas reglas para evitarlo. La respuesta, por tanto, está en la regulación de las compañías tecnológicas. La pregunta es: ¿Qué regulación? Esta pregunta, a su vez, se puede dividir en varias: ¿Quién debe regular? ¿Cómo se debe regular? ¿Qué se debe regular? Obviamente, en un breve trabajo como el presente no es posible responder a estas preguntas de forma muy detallada. A algunas de ellas he tratado de darles respuesta en otro lugar[34]. En los párrafos que siguen me limitaré tan solo a poner sobre la mesa algunas reflexiones generales a modo de conclusión de este capítulo.

¿Quién debe regular? Para responder a esta pregunta es necesario reflexionar sobre el papel de la autorregulación de las plataformas y el que, por su parte, pueden tener las normas vinculantes, las cuales, a su vez pueden ser de origen estatal o supraestatal. A mí juicio, sí existe un margen para la autorregulación en ámbitos como el control de las cuentas falsas y de los bots, la transparencia de los mensajes publicitarios y de los algoritmos que determinan la visualización de los contenidos, así como en la potenciación de la calidad de la información, pero hay que ser conscientes de que la autorregulación, por si sola, no es suficiente, y que debe estar sometida a la supervisión los poderes públicos —mediante fórmulas de corregulación— y enmarcada por un conjunto de reglas mínimas de carácter vinculante, preferentemente de carácter supraestatal. Un buen ejemplo, no exento de críticas o matices, lo representa la Unión Europea, que ha tratado de combinar el impulso a la autorregulación, mediante códigos de buenas prácticas[35], con la adopción de normas vinculantes como el Reglamento General de

[33] Balaguer Callejón, Francisco, *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid: 2.ª ed., 2023, pp. 183 y ss.

[34] Véase Sánchez Muñoz, Óscar, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: desinformación y microsegmentación con fines electorales*, CEPC, Madrid, 2020, pp. 95-132.

[35] Código de conducta sobre desinformación (2018); Código de conducta contra la propagación de la incitación ilegal al odio en internet (2016).

Protección de Datos[36], el Reglamento de mercados digitales[37] y el Reglamento de Servicios digitales[38].

¿Cómo se debe regular? En respuesta a esta pregunta, mi opinión es que la regulación debe ser multidireccional, de manera que combine el enfoque de arriba hacia abajo, representado por normas vinculantes y medidas coercitivas, con el enfoque horizontal, representado por la autorregulación, y con el enfoque de abajo hacia arriba, representado por iniciativas de tipo colaborativo que surgen de la propia sociedad. Asimismo, siempre he defendido una respuesta que integre medidas negativas, destinadas a imponer limitaciones a la actuación de las compañías tecnológicas, con medidas positivas destinadas a promover una comunicación social óptima, donde se pueden englobar medidas de fomento del periodismo de calidad y de mejora de la capacidad crítica de los ciudadanos a través de la alfabetización mediática y digital.

¿Qué se debe regular? A mi juicio, hay tres ámbitos principales que deben ser objeto de la regulación: la competencia, la transparencia y la responsabilidad de las compañías tecnológicas.

Respecto a la profundización de la competencia y la lucha contra prácticas monopolísticas, es necesario profundizar en la línea del Reglamento de mercados digitales de la Unión Europea, antes citado, para poner freno a las prácticas anticompetitivas, como el favorecimiento de los propios productos y servicios o el bloqueo de la interoperabilidad con otros servicios. Entre nosotros, Balaguer ha abogado por sustituir los modelos cerrados y jerarquizados de las aplicaciones dominantes por modelos abiertos, como sucede con la telefonía tradicional o con el correo electrónico[39]. La legislación europea, a través del Reglamento de mercados digitales ha empezado a caminar en esta dirección imponiendo, por ejemplo, la interoperabilidad de los servicios de mensajería instantánea.

En el ámbito de la transparencia, en los últimos años, se ha intentado avanzar, sobre todo, en la transparencia de los algoritmos, de las prácticas de recopilación de datos y de los mecanismos de moderación de contenidos. Una vez más, la legislación de la Unión Europea, con los textos legislativos ya citados, está marcando una dirección muy

[36] Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

[37] Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828tal (Reglamento de Mercados Digitales).

[38] 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).

[39] Balaguer Callejón, Francisco, *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2.ª ed., 2023, p. 192.

interesante. Otros textos, como el Reglamento de inteligencia artificial[40] o el Reglamento de transparencia y segmentación de la publicidad política, se han sumado recientemente a este conjunto de normas[41].

Lo mismo sucede en el ámbito de la responsabilidad de las compañías tecnológicas. A este respecto, es preciso abandonar por completo la visión de las plataformas tecnológicas como simples plataformas neutrales y pasar considerarlas, si no exactamente como editores de contenidos, sí al menos como una figura intermedia que posibilite una mayor asunción de responsabilidad jurídica por los contenidos de terceros que contribuyen a difundir. El Reglamento de servicios digitales de la UE constituye un hito en este sentido[42], pues establece un marco de responsabilidad más estricto para las plataformas tecnológicas en relación con los contenidos que alojan[43]. Las plataformas deben tomar medidas proactivas para identificar y eliminar contenido ilegal, como discursos de odio, la incitación a la violencia y los productos falsificados. Asimismo, deben poner a disposición de los usuarios mecanismos para denunciar fácilmente el contenido ilegal y actuar con rapidez para filtrarlo y eliminarlo, cuando sea necesario. Las plataformas más grandes, además, deben someterse a auditorías independientes y realizar evaluaciones de riesgos para identificar y prevenir posibles daños sistémicos.

Un elemento importante de la regulación debe ser, por supuesto, el relativo a la lucha contra la desinformación. En este sentido, a mi juicio, la regulación no debe ir encaminada a establecer nuevos supuestos de ilicitud de contenidos, más allá de los ya existentes en las legislaciones. Tampoco debe poner el énfasis en la falsedad de los contenidos, pues eso lleva a convertir a las autoridades en jueces de la verdad, entrando en un terreno muy peligroso para la libertad de expresión. En mi opinión, lo que debe ser objeto de regulación de forma preferente no son los contenidos, sino las técnicas de difusión particularmente agresivas, engañosas e invasivas, que se están utilizando para interferir en los procesos democráticos. Técnicas de difusión masiva automatizada, de ocultación o de suplantación de la identidad de los emisores, o de microsegmentación

[40] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

[41] Reglamento (UE) 2024/900 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, sobre transparencia y segmentación en la publicidad política.

[42] Sobre la importancia de esta regulación, Husovec, Martin, «Rising Above Liability: The Digital Services Act as a Blueprint for the Second Generation Of Global Internet Rules», *Berkeley Technology Law Journal,* Vol. 38, núm. 3, 2023.

[43] En los Estados Unidos existen propuestas para seguir esta misma línea reformando la Sección 230(c)(2) de la *Communications Decency Act* de 1996 que otorga inmunidad a las compañías gestoras de las plataformas sobre los contenidos que albergan. Zipperstein, Steven E., «Technology and Democracy», *Global Perspectives*, Vol. 4, núm, 1, p. 3.

basadas en el análisis de big data, deben ser reguladas con carácter muy restrictivo, en particular cuando afecten al discurso político y a los procesos electorales.

Junto a todo lo dicho, hay cada vez más voces que abogan por abrir un debate más amplio sobre la compatibilidad del modelo de negocio de las compañías tecnológicas con la preservación de las libertades y de la democracia. Diversos trabajos académicos han explorado alternativas al modelo de negocio actual de las plataformas, como la creación de cooperativas de plataformas o la implementación de modelos de suscripción que no dependan de la publicidad personalizada. Por ejemplo, Scholz propone plataformas gestionadas por los propios trabajadores y usuarios[44]; Schor es muy crítica con los modelos de economía colaborativa, como Uber o Airbnb, y propone alternativas que se centran en la democracia, la sostenibilidad y la justicia social[45]. Lanier, por su parte, se centra en la economía de los datos. En su opinión, los datos son una forma de trabajo y, por tanto, propone un «*New Deal* digital» para que los usuarios sean justamente compensados por su contribución a las plataformas[46]. Otra propuesta interesante es la planteada por Kearns y Roth[47], quienes abogan por que el diseño de los algoritmos tenga en cuenta consideraciones éticas y sociales, como la equidad y la transparencia, aunque sin llegar a plantear un cambio radical en el modelo de negocio de las compañías tecnológicas.

No me considero un tecno-pesimista y no creo en absoluto que las tecnologías digitales sean perversas y deban ser destruidas, como hicieron los luditas con las máquinas en la Inglaterra de principios del siglo XIX. Dicho lo anterior, considero que las sociedades democráticas no deben tener miedo a imponer ciertos límites al enorme poder que han acumulado las compañías tecnológicas. El papel del Derecho constitucional, desde sus orígenes, ha sido la limitación del poder —de todo poder— para la preservación de las libertades. La historia del constitucionalismo puede ser resumida, en este sentido, como la historia de la lucha contra la oligarquía. La tarea pendiente del constitucionalismo global es, por tanto, poner límites al poder de la oligarquía tecnológica global para evitar que ese poder sea utilizado para socavar nuestros sistemas democráticos.

---

[44] SCHOLZ, Trebor, *Platform Cooperativism. Challenging the Corporate Sharing Economy,* Rosa Luxemburg Stiftung, New York (NY), 2016.

[45] SCHOR, Juliet *et al.*, *After the Gig: How the Sharing Economy Got Hijacked and How to Win It Back*, University of California Press, 2020.

[46] LANIER, Jaron, *Who owns the future?,* Simon & Schuster, New York (NY), 2013.

[47] KEARNS, Michael, y ROTH, Aaron, *The Ethical Algorithm: The Science of Socially Aware Algorithm Design*, Oxford University Press, New York (NY), 2019.

CAPÍTULO 9
LA SEMILLA CAYÓ EN EL SURCO. LA SEGUNDA REPÚBLICA EN EL MARCO DE CONTINUIDAD DEL DESARROLLO DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL[1]

Gregorio Cámara Villar
(Universidad de Granada
Catedrático emérito Derecho Constitucional

1. La crisis del Estado español en el primer tercio del siglo xx

Nuestra historia constitucional y política se ha caracterizado por la permanencia de viejos problemas no resueltos. En un país menesteroso que arribó al primer tercio del siglo xx sin haber culminado su revolución burguesa y con una relativa asincronía con Europa[2], los españoles siempre anduvimos intensamente divididos en lo social, en lo ideológico y en lo político, demasiadas veces de forma especialmente virulenta. Si el siglo xix —sin contar las reacciones absolutistas y los frecuentes «pronunciamientos»— estuvo profundamente marcado por las guerras carlistas, el xx vivió conmocionado por la radicalización de los conflictos más graves que condujeron en el verano de 1936 a un

[1] Estas breves anotaciones, ligadas a la memoria democrática de la Segunda República española, se han redactado en homenaje a nuestra querida y admirada colega Paloma Biglino con motivo de su jubilación. Ambos formamos parte de una generación de constitucionalistas que, marcada por el franquismo, volcó también y primero su interés investigador en estudios politológicos con una cierta dimensión historiográfica, necesidad intelectual en aquellos tiempos. Así lo atestiguan nuestras respectivas tesis doctorales, que se publicaron a comienzos de los ochenta del pasado siglo con la pretensión de analizar graves problemas de nuestro país en la historia entonces reciente: la cuestión agraria, por su parte, y la educativa, por la mía. Aunque otras sintonías nos unen, al optar por el tema de mi contribución he querido destacar este vínculo intelectual del inicio de nuestra dedicación investigadora.

[2] Aunque esta apreciación ha venido siendo paradigmática en la sociología y en la historiografía españolas, se ha puesto posteriormente en cuestión partiendo de los hallazgos de la historia económica y de otros análisis que toman más en cuenta la dimensión comparativa del Estado liberal. Véase Juliá Díaz, Santos, *Anomalía, dolor y fracaso de España*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1997. En cualquier caso, el liberalismo político, aunque ciertamente muy activo en determinados periodos, fue articulándose débilmente, sin continuidad y sin la base de una burguesía consciente y emprendedora que lo sustentara. Decía expresivamente Fernando de los Ríos ante las Cortes Constituyentes de 1931 que «...si hemos sido creadores de la palabra *liberal* no hemos sido, desgraciadamente, simbolizadores de un Estado liberal» (Discurso en defensa del Proyecto de Constitución en las Cortes Constituyentes de la Segunda República, 3 de septiembre de 1931, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 32).

punto de no retorno con el golpe de Estado encabezado por Franco y a la guerra civil, antesala de la segunda conflagración mundial. Siguió un ominoso y dilatado régimen autocrático que apartó a España del camino del constitucionalismo democrático que había emprendido la Segunda República. Nunca, hasta 1978, llegó a existir verdaderamente entre nosotros un consenso nacional «suprapartidos» que reflejara el respeto por la Constitución en cada momento vigente. Por el contrario, hubo frecuentes incumplimientos y quebrantamientos de las normas fundamentales con abundantes y conflictivas manifestaciones de las llamadas «dos Españas», la conservadora y reaccionaria y la liberal y progresista. Si elocuente y acerada fue la sentencia de Larra («Aquí yace media España. Murió de la otra media»), Machado, con emotivo dramatismo, acentuaría ese mismo sentimiento de dolor colectivo («Españolito que vienes al mundo/te guarde Dios/Una de los dos Españas ha de helarte el corazón»). En tan dilatado devenir histórico no llegaron a encauzarse los conflictos sociales y políticos más agudos y acuciantes: el religioso (las relaciones Iglesia-Estado) y, articulado a éste, el educativo; el de la forma de Estado (Monarquía o República); el regional (qué organización territorial debía darse al país sin romperlo y, en cualquier caso, qué hacer con Cataluña y el País Vasco); y el radical enfrentamiento entre las clases sociales con notoria insuficiencia de elementos amortiguadores en los órdenes político, institucional y social[3].

Estas líneas de conflicto y polarización se han presentado superpuestas en nuestra historia, produciendo en determinados periodos una rotura radical del «*consensus* fundamental», como desgraciadamente sucedería a lo largo del quinquenio republicano tras una fase de aguda y sostenida «crisis de hegemonía» durante el primer tercio del siglo XX, con la aparición postrera de un proceso difuso, pero intenso, de progresiva fascistización de la burguesía, recrudecido sobre todo en los últimos años de la República. Proceso que supuso, en palabras de Jiménez Campo, «la recepción estrictamente conservadora de las ideas fascistas» por parte de las clases tradicionalmente dominantes en el país; ideas que fueron del mismo modo interpretadas por los partidos políticos que las representaban en cuanto pretendida justificación del intento de regreso a las condiciones culturales y políticas del antiguo régimen con la intención de salvar y restaurar las relaciones entre dominantes y dominados[4]. Las causas de fondo para esta deriva fueron evidentemente muchas. Pero entre ellas cabe apuntar las más relevantes: el fortalecimiento de las estructuras sociales arcaicas que generó la desamortización del siglo XIX, con el consiguiente reforzamiento de una configuración social muy desigualitaria que se proyectaría largamente hacia el futuro; la escasa consolidación de la burguesía como clase hegemónica y

[3] Ruiz-Rico, Juan José, *El papel político de la Iglesia Católica en la España de Franco (1936-1975)*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 17.

[4] Sobre este complejo proceso remito a Jiménez Campo, Javier, *El fascismo en la crisis de la Segunda República*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979, *passim*. Véase también Cámara Villar, Gregorio, *Nacional-Catolicismo y Escuela. La socialización política del Franquismo (1936-1951)*, Editorial Hesperia, Jaén, 1984, especialmente pp. 30 y ss.

la debilidad de las fracciones liberales, dejando a salvo algunos grupos minoritarios e ilustrados; la aparición más tardía y radicalizada de los movimientos obreros como consecuencia de nuestro retraso industrial; la poderosa influencia social y política de una Iglesia católica profundamente reaccionaria y ciega ante la modernización, proclive al proselitismo social e incluso al intervencionismo político; el sentido patrimonial de lo público del que hicieron gala los monarcas y su alejamiento del pueblo; el asumido intervencionismo del ejército en política y su implicación en el mantenimiento del orden público; y, en fin, la reproducción de una clase dirigente apartada del pueblo, frecuentemente inmersa en conspiraciones e intrigas, amparada en el caciquismo y en el «sistema de despojos» en un vasto periodo de nuestra historia.

Ante esta realidad, el desconcierto ideológico mostrado en el cambio de siglo por una intelectualidad vitalista primero, y la aparición, después, de unas corrientes reformistas social-liberales y socialistas cada vez más pujantes, conscientes del atraso del país y de las necesidades de cambio social, cultural, económico y político, no son sino elementos que atestiguaban la quiebra de la vieja política articulada en torno al paradigmático Estado liberal oligárquico del siglo XIX. Superando a la «generación del 98», la llamada «generación del 14», si bien reaccionó igualmente con dolor ante la situación de España, lo hizo en una clave muy distinta, dejando de condolerse de «los males de la Patria», mirando hacia el futuro y buscando construir España como nación en sincronía con Europa, con la ambición por «superar lo heredado, integrándolo de manera renovada»[5]. Sobre este ambiente y trasfondo de aspiraciones, para aquilatar lo esencial del proceso que culminó con la caída de la Monarquía alfonsina y el advenimiento de la Segunda República, es preciso siquiera sea asomarnos al ambiente y a los problemas más relevantes que estaba viviendo el país en el primer tercio del siglo XX.

2. El advenimiento de la Segunda República y los problemas heredados

Las contradicciones socioeconómicas y políticas de la Restauración se agudizaron a partir de la huelga general revolucionaria de 1917 y, de manera todavía más intensa, desde la Dictadura impuesta en 1923 por el golpe de Estado de Primo de Rivera, momento en el que culmina la crisis orgánica de autoridad y de hegemonía que venía gestándose desde hacía tiempo[6], punto de inflexión de la vieja política, desde entonces en

[5] Beneyto, José María, *Tragedia y razón (Europa en el pensamiento español del siglo XX)*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 126-127.

[6] Véase VV.AA., *VIII Coloquio de Pau. La crisis del Estado español, 1898-1936*, Cuadernos para el Diálogo-EDICUSA, Madrid, 1976, pp. 15-40; Rama Facal, Carlos M., *La crisis española del siglo XX*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976, *passim*.

acelerada descomposición[7]. La Dictadura quiso salvar el arcaico concepto de Estado absoluto tradicional revistiéndose con el halo de la apelación al «cirujano de hierro» costista, intento de solución «providencial» y «carismática» que «no significó ningún orden nuevo, sino que constituyó los últimos pasos del viejo orden»[8] por su incapacidad para resolver la crisis al fracasar en la remodelación de una nueva representación política de las clases dominantes. Al margen de la legalidad constitucional, intentó conducir al país hacia un sistema corporativo al estilo de la Italia fascista, pero el intento de la Unión Patriótica —único partido legalmente reconocido[9]— no respondió a esta pretensión, como tampoco llegaría a puerto la reforma institucional con el fracaso, ya *in extremis*, del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía Española de 6 de julio de 1929, llamado «Estatuto Fundamental de la Monarquía», aprobado por un órgano corporativo creado en 1927, la Asamblea Nacional Consultiva»[10]. Con él se buscaba dar formalidad pretendidamente constitucional al doble principio de diferenciación y coordinación de poderes y a un modelo de Estado autoritario y antiliberal, unitario y centralizado, con drástica restricción de derechos y libertades. La Dictadura fue respaldada por el Ejército, la Iglesia y amplios sectores de «masas neutras» que querían poner fin como fuera a los conflictos sociales, a las disputas entre políticos desacreditados y a la guerra de Marruecos[11]; pero contó con el rechazo y enfrentamiento abierto de socialistas, comunistas, anarquistas, republicanos, nacionalistas, intelectuales, estudiantes y amplios sectores de las clases medias; oposición que iba acompañada de la repulsa al Rey, Alfonso XIII, que la había consentido y arropado. La monarquía estaba por completo desprestigiada y los cambios sociales, económicos, culturales y políticos que se estaban produciendo en Europa y en el mundo urgían a emprender trasformaciones constitucionales democráticas y grandes reformas. Así las cosas, si alguna virtud tuvo la Dictadura fue la de aglutinar en su contra a una amplia oposición; de una parte, los viejos políticos monárquicos pretendían la vuelta a la «normalidad» constitucional de 1876 y, de otra, los republicanos eran cada vez más numerosos y combativos por el progresivo desprestigio del sistema de la Restauración.

---

[7] Véanse, por todos, Tuñón de Lara, Manuel, *La España del siglo xx. La quiebra de una forma de Estado* (1898-1931), Laia, Barcelona, 1974, pp. 53-80; Seco Serrano, Carlos, *Alfonso XIII y la crisis de la Restauración*, Rialp, Madrid, 1979, especialmente, pp. 120 y ss.

[8] Payne, Stanley G., «La derecha en Italia y España (1910-1943)», *Boletín Informativo de Ciencia Política*, núm. 13-14, pp. 70 y ss.

[9] En realidad, se concebía como una «Liga ciudadana» bajo el lema «Patria, Religión, Monarquía», sugerido por el mismo Dictador, que «resumía bien el tipo de Estado que postulaba la Dictadura. Un Estado nacionalista, en el terreno político y en el económico, autoritario e intervencionista» (Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, «Las Constituciones españolas en su contexto histórico», Estudio Preliminar a *Leyes Políticas Españolas. 1808-1978*, dirigida por Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, Tomo I, Iustel, Madrid, 2012, p. 100).

[10] Sobre estos aspectos remitimos especialmente a la obra de García Canales, Mariano, *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

[11] Suanzes-Carpegna, Joaquín, «Las Constituciones españolas en su contexto histórico», cit., p. 103.

Agotada la experiencia del «primorriverismo», la caída del dictador dio paso en enero de 1930 al Gobierno Berenguer (la llamada *Dictablanda*) que, haciendo oídos sordos a los problemas reales de la nación, pretendía ingenuamente restablecer la Constitución de 1876 a través de unas elecciones generales. Por su parte, la oposición republicana había conseguido asentar en el «Pacto de San Sebastián» (agosto de 1930) un frente común de lucha que, al tiempo que fijaba los puntos para una acción de gobierno futura, tenía como primordial objetivo el derrocamiento de la Monarquía y la instauración de la República democrática. Los intelectuales, encabezados por Ortega y Gasset, Marañón, Azaña, Pérez de Ayala o Fernando de los Ríos, entre muchos otros[12], se habían lanzado, a través de la prensa y de actos muy diversos en clubes, tertulias, ateneos y universidades, a enfrentarse abiertamente al sistema político haciendo profesión de fe republicana. Fue en continuidad con aquel ambiente cuando Ortega, expresando un sentir ampliamente compartido, publicó su demoledor artículo en el diario *El Sol* que finalizaba con esta exhortación: «¡Españoles, vuestro Estado no existe! ¡Reconstruidlo! *Delenda est Monarchia*»[13]. A este estado de cosas en el terreno político habría que añadir la repercusión que tuvo en España la gran depresión del 29 que contribuyó a aumentar el malestar existente entre las clases populares, que comenzaron también a depositar parte de sus esperanzas en el cambio de régimen. Esta situación se hizo más intensa con la sublevación que precipitadamente se produjo en Jaca el 12 de diciembre de 1930 en apoyo de la República, alentada por los capitanes Galán y García Hernández.

El deterioro de la situación política llevó a la dimisión del Gobierno Berenguer y a la formación de uno nuevo, encabezado por el almirante Aznar que con el objetivo de salvar la monarquía y colocarla en la situación anterior a 1923 diseñó un ciclo electoral en tres etapas: municipales, provinciales y generales. El día 12 de abril de 1931 se celebraban las elecciones municipales en un ambiente de exaltación que revelaba la clara conciencia de que se estaba ante un auténtico plebiscito entre monarquía y república, entre un régimen autocrático y caduco y otro nuevo, pleno de promesas en los planos democrático y social. El resultado fue un rotundo triunfo de la coalición republicano-socialista, cuya mayoría fue aplastante en casi todas las capitales de provincia, aunque no así en las poblaciones menores debido a la influencia de la Iglesia y de los caciques rurales de ideología netamente conservadora y monárquica. Este triunfo de la oposición bastó, por la claridad del veredicto popular, para provocar la inmediata salida de Alfonso XIII del país y que el 14 de abril fuera proclamada la Segunda República española.

---

[12] Véanse Cámara Villar, Gregorio, «La dimensión política y parlamentaria de Fernando De los Ríos», Estudio preliminar a *Fernando de los Ríos. Discursos Parlamentarios*, Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, Madrid, 1999, pp. 66 y ss.; Bécarud, Jean y López Campillo, Evelyne, *Los intelectuales españoles durante la II república*, Siglo XXI, Madrid, 1978, pp. 5-18.

[13] Ortega y Gasset, José, «El error Berenguer», *El Sol*, 15 de noviembre de 1930.

El nuevo sistema político heredaba una situación extremadamente conflictiva en medio de la cual la «crisis orgánica» se vería profundizada con el paso de los años ante la superposición y radicalización de los *cleavages* que ya estaban planteados en el momento constituyente, quedando de nuevo abierta la situación a la intervención potencial de «hombres carismáticos» o «providenciales». Así ocurriría primero, sin éxito, con la asonada encabezada por el general Sanjurjo el 10 de agosto de 1932 (la «sanjurjada») y, después, con el golpe militar de Franco en julio de 1936, causando una larga y extraordinariamente cruenta guerra civil tras la que, vencedor el bando sublevado, se conformaría un régimen que adoptó sin ambages el fascismo como instrumento[14].

En aquellos momentos iniciales de la República ya se había producido una peligrosa acumulación y radicalización de todos los problemas no resueltos que venía arrastrando la sociedad española, a los que habían de sumarse los generados más recientemente en el cambio al siglo XX: las repercusiones en la política interior de las fuertes tensiones sociales y políticas existentes en Europa y el ascenso de los autoritarismos; el agravamiento progresivo de la crisis económica, que se manifestaba con un sensible incremento del paro obrero; la radicalización de la lucha de clases, con un importante reflejo en el deterioro permanente del orden público, toda vez que el conflicto social se extendía tanto a las ciudades y zonas industrializadas como al campo, donde las eternas cuestiones que lo acuciaban seguían vivas: el latifundismo, el caciquismo y la explotación más hiriente; la existencia de una elevadísima tasa de analfabetismo y una crónica falta de instrucción y cultura en amplias capas de la población. A todo ello se añadía la creciente división ideológica y la agudización de las tensiones religiosas ante la irritación que provocaba una Iglesia católica atenta sobre todo a sus propios privilegios y a los intereses de las clases poseedoras y de la monarquía; la existencia de un ejército numeroso con una reiterada trayectoria intervencionista en la vida política, imbuido en importantes sectores de convicciones tradicionales y de orden, autoritarias y monárquicas; finalmente, la cuestión regionalista, problema político de especial enjundia que las fuerzas políticas republicanas hubieron de afrontar como cuestión de principio ya en el Pacto de San Sebastián, antes de que la República naciera.

Así las cosas, el Gobierno provisional tuvo que poner inmediatamente manos a la obra para hacer realidad el asentamiento de una nueva constitucionalidad y legalidad democrática; de lo que se trataba entonces era, precisamente, de disolver el históricamente enquistado enfrentamiento radical entre clases y grupos políticos, encontrar una síntesis fecunda desde la que abordar la construcción económica, social y política de un país que estuviera orientado a Europa y a la modernidad y que no se podría constituir

[14] Régimen nacido con pretensión y razón de ser «totalitaria» y de larguísima duración como autocracia, que tuvo muchas etapas y no resulta de fácil análisis Sobre esta cuestión Cámara Villar, Gregorio, «Analizar el franquismo: interpretaciones sobre su naturaleza». En VV.AA., *Política y Sociedad. Estudios en homenaje a Francisco Murillo* Ferrol, Centro de Investigaciones Sociológicas/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 646-672.

sino a partir del espacio común del régimen de Derecho de una democracia liberal atenta a lo social, sustentada sobre una ciudadanía consciente y activa. Con este objetivo se realizó la convocatoria de elecciones a Cortes Constituyentes y se designó una «Comisión Jurídica Asesora» para la elaboración de un anteproyecto de Constitución que, tras una profunda modificación llevada a cabo por una Comisión parlamentaria presidida por Jiménez de Asúa, fue aprobado el 1 de diciembre por el Pleno de las Cortes Constituyentes tras agotadores e intensos debates y entre fuertes tensiones, finalmente promulgado como Constitución el día 9 del mismo mes[15].

3. Fines y elementos constitucionales sustentantes de la Segunda República

Tras la Primera Guerra Mundial se venía haciendo cada vez más visible en Europa el desarrollo y convergencia de tres procesos simultáneos de democratización, socialización y normativización en el ámbito constitucional. El que solemos llamar «constitucionalismo de entreguerras» condujo a la formación de repúblicas, volvió su mirada a los principios y valores democráticos que alentaron los procesos revolucionarios americano y francés de finales del siglo XVIII, y acabó generando una cierta síntesis entre liberalismo y democracia, tendiendo a la recuperación del valor normativo de la constitución. Los grandes cambios políticos, incluso revolucionarios, que se produjeron en algunos países, llevaron a que nuevas constituciones como la mejicana de 1917 y, en nuestro continente, la alemana de 1919, la austriaca de 1920 y, más tardíamente, la española de 1931, acogieran profundas y sustanciales modificaciones a partir de las luchas y el impulso del movimiento obrero en alianza con nuevas formaciones políticas socialistas, liberales radicales y progresistas.

La soberanía se residenció en el pueblo, principio que junto a las exigencias del pluralismo político, condujo al reconocimiento del sufragio universal, primero masculino y después también sin distinción de sexo. Se abrió simultáneamente un proceso de racionalización de la organización del poder y se reforzó el valor normativo supremo de las normas constitucionales. Algunas de estas constituciones (como la austriaca, la checoslovaca y la española) introdujeron, haciéndose eco de los planteamientos de Hans Kelsen, el control concentrado de constitucionalidad a través de la creación de tribunales de garantías constitucionales. Los derechos que en estas constituciones se reconocían a todos los ciudadanos de acuerdo con el principio de igualdad, se garantizaban por la norma fundamental y dejaban de depender solo del legislador. Junto a los derechos y libertades individuales, los de naturaleza política y participativa fueron concebidos

[15] Gaceta de Madrid de 10 de diciembre de 1931. Para apreciar el tono de esos debates puede consultarse la obra citada coordinada por el autor de este artículo, *Fernando de los Ríos, Discursos parlamentarios*, pp. 301 y ss.

como emanación de la democracia asentada sobre los principios de soberanía popular y pluralismo político. También se reconocieron determinados derechos sociales y laborales, anunciando ya de manera un tanto incipiente, pero no por ello menos notable, contenidos materiales centrales y sustanciales del Estado social conforme a la formulación puesta en pie por Hermann Heller en Alemania y por Fernando de los Ríos en España[16]. Algunas de las constituciones de esta época también fueron sensibles a la articulación del pluralismo territorial y pretendieron fortalecer la función integradora del Estado con el establecimiento de autonomías territoriales, bien en una dimensión federal o bien regional: así, de nuevo, las constituciones alemana de 1919, austriaca de 1920 y española de 1931.

En el texto constitucional español encontramos quintaesenciados de forma expresa o implícita los principios y valores republicanos, sin perjuicio de los matices necesarios que sobre su real observancia pudieran hacerse a la vista de la acción política desplegada por los sucesivos gobiernos de la República y de las posturas adoptadas por las principales fuerzas políticas en sus diversas coyunturas, que no podemos abordar aquí por razones de espacio. Resaltemos a nuestro propósito que con la Constitución de 1931 se pretendió traer definitivamente la democracia a España combinando una ideología demoliberal con un cierto socialismo económico enmarcado en un más general «socialismo humanista», según la más intensa influencia que tuvieron estas corrientes de pensamiento en aquellos momentos fundacionales. En definitiva, lo que en el fondo se pretendía era hacer realidad una armonía básica necesaria para la convivencia, inexistente en nuestra historia, combinada con un cambio intenso no menos necesario en las relaciones de poder. Como dijera Fernando de los Ríos en su discurso a las Cortes Constituyentes, se trataba de conseguir la síntesis entre «Poder y Libertad», así, con mayúsculas, porque toda la antítesis de la historia española ha venido girando en torno a esos símbolos. «Nosotros —dijo— hemos sido los más altos representantes de la idea de Estado-Poder; y hemos sido creadores de la palabra «liberal», pero no hemos sido, desgraciadamente, simbolizadores de un Estado liberal». Por eso necesitamos —continuó— «no meramente una constitución de tipo liberal, sino una constitución superadora de esa gran antítesis»[17]. El instrumento, un constitucionalismo también social, «que solo es posible negándole a las cosas lo que es privativo de las personas: la liberta-

[16] Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1934 (véase especialmente «La función social del Estado», apartado III del Capítulo III, pp. 217 y ss.); Monereo Pérez, José Luis, *La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller,* El Viejo Topo, 2009, especialmente el Capítulo 2, pp. 80 y ss. Sobre los planteamientos de Fernando de los Ríos en relación con el Estado social, véanse los trabajos de Balaguer Callejón, Francisco, «Un constitucionalista del periodo de entreguerras»; de Monereo Pérez, José Luis, «El pensamiento jurídico-social de Fernando de los Ríos»; y de Naranjo de la Cruz, Rafael, «Apuntes sobre el constitucionalismo social en Fernando de los Ríos». Todos ellos en Cámara Villar, Gregorio (ed.), *Fernando de los Ríos y su tiempo*, Editorial Universidad de Granada, 2000.

[17] Véase el memorable discurso de Fernando De los Ríos en el marco del debate a la totalidad del Proyecto constitucional. *DSCC*, núm. 32, 3 de septiembre de 1931.

d»[18]. De un modo u otro se trataba igualmente, en definitiva, de superar la profundidad del problema de las «dos Españas» creando un marco de convivencia democrático de esta naturaleza.

Para las generaciones que asumieron las riendas del poder político en aquel difícil momento de nuestra historia, el problema de España consistía prioritariamente en un problema político, en una cuestión de democracia, a lo que no habían llegado los hombres del 98, porque lo suyo fue ante todo una reacción moral e individualista que apelaba igualmente a las conciencias y al pueblo, pero no tanto a la construcción del Estado. Era necesario y urgente construir el Estado liberal-democrático, garante institucionalmente de los derechos y libertades individuales y de los intereses públicos, cultivando de manera progresiva una moral cívica con basamento en la educación y en la cultura, buscando conseguir la continuidad necesaria a toda acción política. De esta manera, los principios que informaron la Constitución, de los cuales cabe también deducir los valores que la alentaron, se dirigieron sustancialmente a sentar las bases para hacer posible esta reconstrucción en clave de continuidad. En el Título Preliminar se condensaban los principios que inspiraron la República: soberanía popular, respeto a los derechos y libertades individuales y al derecho de gentes, asunción del pacifismo renunciando a la guerra como instrumento de política nacional, establecimiento de un Estado unitario compatible con las autonomías municipal y regional (el llamado «estado integral») y el carácter laico del Estado[19].

En coherencia con estas prefiguraciones democráticas, el reparto constitucional del poder hacía efectivo el principio democrático representativo, al mismo tiempo que se complementaba con algunas formas de participación directa (iniciativa legislativa popular, referendo abrogatorio, institución del jurado). En lo relativo a la división y articulación de las relaciones entre los poderes, el resultado de la regulación constitucional con estos perfiles fue, en palabras de Torres del Moral, «un complejo parlamentarismo atenuado, en el que junto a la hegemonía del Parlamento, se daban otros mecanismos tendentes a la consecución de iniciativa y estabilidad gubernamentales. Aun así, el Gobierno se hallaba sometido a una difícil confianza que no dejó de ocasionar problemas: la de las Cortes y la del Presidente de la República»[20].

Los derechos individuales se incorporaban en el Título III de la Constitución bajo la rúbrica «Derechos y deberes de los españoles», prefigurando y garantizando los dere-

[18] Díaz, Elías: «El socialismo humanista de Fernando de los Ríos». En Cazorla Pérez, José (coord.), *Estructura social y cambio político en España*, Universidad de Granada, 1982, p. 25.

[19] Obviamente no pretendemos en estas breves líneas hacer ninguna exégesis del texto constitucional, sino solo apuntar algunos de sus rasgos más definitorios en su contexto histórico y político. Para un análisis detallado del texto constitucional, Oliver Araujo, Joan, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991. Oliver araujo, Joan, y Ruiz Robledo, Agustín (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

[20] Torres del Moral, Antonio, *Constitucionalismo histórico español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 184.

chos y libertades característicos y propios del Estado constitucional de Derecho. Junto a este reconocimiento, el Capítulo II de este Título III incorporaba ocho artículos referidos a «Familia, economía y cultura» que contenían un conjunto de principios rectores y derechos sociales, económicos y culturales cuyos objetivos, entre otros aspectos, eran los siguientes: establecer obligaciones y derechos en el ámbito familiar y matrimonial; disponer la subordinación de la propiedad privada a la utilidad social y a los intereses de la economía nacional; la protección de la riqueza artística e histórica del país; el aseguramiento a todo trabajador de las condiciones necesarias para una vida digna mediante una legislación laboral que regulara el seguro, el paro forzoso, la vejez, la invalidez, el trabajo de las mujeres y jóvenes, la protección de la maternidad, la participación de los obreros en la dirección, administración y beneficios de las empresas y, en general, todo lo que afectare a su defensa; la protección de los campesinos y pescadores en el marco de una política general que previese, entre otros aspectos, el crédito agrícola, la indemnización por pérdida de cosechas, las cooperativas de producción y consumo, las cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura, etc... Por otro lado se prestaba una especial atención a la cultura y a la educación (art. 48), declarando el servicio de la cultura atribución esencial del Estado, garantizando la libertad de cátedra y estableciendo el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza primaria, así como buscaba potenciar el acceso de los económicamente más necesitados a todos los grados de la enseñanza a fin de que no se hallasen condicionados más que por la aptitud y la vocación; y, en fin, declarando que la enseñanza sería en todo caso laica y que haría del trabajo «el eje de su actividad metodológica», inspirándose «en ideales de solidaridad humana».

Sobre el «derecho de gentes», el artículo 7 proclamaba que el Estado español acatará las normas universales del derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo. De esta manera se adoptaba, como dijera Fernando de los Ríos en el discurso antes citado, un especialísimo sentido de patria, «un sentido ecuménico de la política en virtud del cual nosotros decimos que la patria lo es para el mundo, y la insertamos en él y queremos llevar a él los valores hispánicos». La Constitución, además de asumir los valores de la solidaridad humana y del universalismo, formulaba una declaración de pacifismo y de neutralismo activo para conseguir el objetivo de la paz en el mundo. Así, en el artículo 6 proclamaba que «España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional».

En cuanto al principio del Estado unitario, pero respetuoso de las autonomías territoriales, proclamaba que la República constituye un «Estado integral», compatible con la Autonomía de los Municipios y las Regiones (art. 1)[21]. Con independencia de los

[21] En este camino se cruzó el simultáneo debate del Estatuto de Núria, de orientación federal, condicionando el desarrollo del propiamente constitucional (situación que se produjo tras los episodios de la proclamación por Maciá del «Estat catalá», en el marco de una Federación de Repúblicas Ibéricas, el mismo 14 de abril de 1931, inmediatamente retirada tras negociar con el Gobierno).

avatares que en esta materia se produjeron, baste constatar que la República asumió plenamente el principio de la autonomía regional partiendo del reconocimiento de las viejas aspiraciones de algunas regiones españolas, estableciendo en el artículo 11 la facultad de organizarse en regiones autónomas a todas aquellas que, dadas ciertas características históricas, culturales y económicas comunes, así lo acordasen, presentando el correspondiente Estatuto. Por otra parte, se establecía el procedimiento para acceder al régimen de autonomía y la aprobación de los correspondientes Estatutos, así como se contemplaban los listados de competencias exclusivas, legislativas y ejecutivas, del Estado, las ejecutivas de las regiones autónomas (y, en su caso, legislativas, en la medida de su capacidad política) y las que pudiesen asumir con carácter exclusivo tanto en la faceta legislativa como de ejecución. También se disponía la necesaria igualdad de trato de todos los españoles con independencia de la región en que se hallaren y la prohibición de instituir federaciones entre regiones autónomas.

En lo concerniente al principio del laicismo establecía que «El Estado español no tiene religión oficial» (art. 3). En consecuencia, el artículo 27 constitucionalizaba las libertades de conciencia, religiosa y de cultos, así como la secularización de los cementerios y la posibilidad del divorcio en el artículo 43. Por otra parte, en el polémico artículo 26 se establecieron diversas medidas que tenían por objeto la completa anulación de los tradicionales privilegios y la gran influencia adoctrinadora y social de la Iglesia católica. En él se consideraba a todas las confesiones religiosas como asociaciones sometidas a una ley especial y se establecía la obligación de todos los poderes públicos de no favorecer ni auxiliar económicamente a las Iglesias, asociaciones o instituciones religiosas. Pero, entre todas estas medidas, ninguna era a mi juicio tan importante ni de tanta trascendencia como la del párrafo 4, que prohibía a las órdenes religiosas el ejercicio de la enseñanza, además del comercio y de la industria. Del mismo modo, la disolución de la Compañía de Jesús que tal artículo contenía, sin nombrarla, y la afectación de sus bienes a fines benéficos y docentes, se debía a la probada y eficacísima influencia educativa que los jesuitas tenían en todo el territorio nacional sobre una clientela muy bien definida: las capas más elevadas de las clases medias, la gran burguesía y la aristocracia, a cuyos hijos procuraba una cultura de élite, preparándolos para la vida pública mediante la inculcación de unos hábitos férreos de autodisciplina y trabajo[22]. Algunas de estas medidas tendrían una intensa y especialmente negativa repercusión en el decurso y caída de la República.

[22] Sobre esta cuestión remito a mi libro citado *Nacionalcatolicismo y Escuela...*, pp. 57-68; y a mi contribución «Fernando De los Ríos y la política educativa de la Segunda República». En Morodo, Raúl, y De Vega, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México/ Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Tomo I, Madrid, 2001, pp. 129-170.

4. La República ante sus grandes problemas y retos

La República tuvo que afrontar grandes problemas ante las poderosas resistencias de las clases tradicionales y de orden que veían peligrar sus posiciones, privilegios e intereses ante el tenor de las normas constitucionales y las medidas de desarrollo que se iban adoptando en el primer bienio. Como otros exponentes del constitucionalismo democrático de entreguerras sufriría por ello la gran tragedia de su caída en Europa con el ascenso de los totalitarismos. Al afrontar sus grandes retos, los aciertos y errores de la Segunda República merecerían desarrollos más complejos y comentarios que son imposibles de abordar con el necesario detalle y rigor en este breve trabajo. No obstante, cabe apuntar algunos de los más relevantes.

En cuanto a la tan central y determinante cuestión religiosa, la Iglesia, lejos de adoptar una postura tendente a un cierto grado de concordia, tan solo unos días después de la proclamación de la República ya mostró su voluntad de enfrentamiento abierto contra el nuevo sistema político con el más agudo de los radicalismos. Significativamente el cardenal Segura, primado de España, publicó una pastoral a principios de mayo de 1931 en el Boletín Eclesiástico del Arzobispado de Toledo en la que sosteniendo que «que nos hallamos en vísperas de una intensa lucha política» ponía a los fieles católicos en guardia contra la República y hacía un llamamiento para que «sin distinción de partidos políticos» cumplan el deber de unirse «en apretada falange» a la resistencia frente a quienes a su juicio pretendían destruir la religión[23]. En el mismo sentido cabe valorar la Pastoral colectiva del Episcopado español publicada el 1 de enero de 1932 en *El Debate*, pero fechada el 20 de diciembre de 1931, unos días después de aprobada la Constitución[24]. Esta actitud provocó, junto con otras inercias históricas, un fuerte sentimiento de anticlericalismo en los partidos de izquierda y en las clases obreras, anticlericalismo que ya había tomado impulso con la no muy afortunada y peor entendida frase de Azaña en su discurso a las Cortes Constituyentes en el que decía que «España ha dejado de ser católica»[25]. Entre otros aspectos, el radicalismo anticlerical se manifestó muy negativamente en la quema de conventos a las pocas semanas de la proclamación de la República (cuya iniciación y causas inmediatas no han sido esclarecidas con precisión). Tales rechazables sucesos, irresponsablemente explotados, causaron un enorme daño a la causa republicana, apartando de ella a muchos católicos que de no haber sido por este estado de cosas hubieran recibido y aceptado sin excesivas reservas al

[23] Texto completo de esta pastoral en el *Archivo Linz de la Transición española*. Fundación Juan March. https://www.march.es/es/coleccion/archivo-linz-transicion-espanola/ficha/famosa-pastoral-cardenal-segura-ano-31--linz.R-46859.

[24] Puede consultarse en: https://repositorioinstitucional.ceu.es/jspui/handle/10637/12168.

[25] Sesión de Cortes de 13 de octubre de 1931. En Juliá, Santos, *Manuel Azaña. Discursos Políticos*, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 111 y ss.

nuevo régimen democrático. De esta manera se mermó de forma considerable la más amplia base popular que necesitaba la República.

Por otro lado hubo una legislación de desarrollo del laicismo que en algunas cuestiones resultó desafortunada en tanto que llegó a crear fuertes tensiones innecesarias para un momento en el que la República necesitaba por encima de todo estabilizarse con el objetivo de su consolidación. Esta legislación se llevó a efecto sin mediar ningún tipo de diálogo ni transacción, lo que supuso que se percibiera por las derechas como irrefutable muestra del encono del nuevo régimen contra la Iglesia y los católicos, superponiéndose al básico conflicto ya existente y de fuerte raigambre histórica entre clericalismo y anticlericalismo. Dejando aparte el establecimiento del matrimonio civil, del divorcio y de la secularización de cementerios[26] (medidas propias y esperables de un estado democrático y laico, pero, pese a ello, también inaceptables para la Iglesia y el conservadurismo) en desarrollo del artículo 26 de la Constitución se adoptaron, entre otras medidas, la disolución de la Compañía de Jesús y la confiscación de sus bienes, que se destinaron a fines benéficos y docentes[27] —si bien esta medida no afectó a todos, ya que muchos de ellos estaban ocultos por medio de testaferros—. También se dispuso el cese de las actividades docentes de la Iglesia[28], con excepción de sus específicas doctrinas en sus establecimientos propios.

Los propósitos que alentaba la política educativa republicana consistían en contrarrestar, eso sí, con fortaleza, la excesiva capacidad de influencia ideológica de la Iglesia, creando para ello un aparato educativo que fuese bastión y «escudo de la República», como planteara Azaña[29]. No obstante, estas últimas medidas quizás fueron desmesuradas y precipitadas, no solo por su valor simbólico sino también por sus efectos sobre el sistema educativo como un todo, ya que el Estado no contaba con medios suficientes para hacer frente por sí solo a tal actividad en un tiempo tan corto, hecho que se agravaba si se tiene en cuenta el altísimo grado de analfabetismo que existía en España por aquél entonces (más de un treinta por ciento de la población). Pese a que la República, en un contexto de crisis económica, hizo un colosal esfuerzo durante el primer bienio en materia de creación de nuevas escuelas y de formación y promoción de educadores (Ministerios de Marcelino Domingo y de Fernando de los Ríos), las referidas medidas fueron ampliamente utilizadas por la oposición y por las fuerzas reaccionarias para deslegitimar no ya solo al gobierno, sino al propio régimen republicano, presentándolo

[26] Ley de divorcio de 12 de marzo de 1932 (Gaceta de Madrid, núm. 72), y Ley de 6 de febrero de 1932, dictando reglas sobre cementerios municipales (Gaceta de Madrid, núm. 37).

[27] Decreto del Ministerio de Justicia de 24 de enero de 1932 «declarando disuelta en el territorio español la Compañía de Jesús, y disponiendo que los religiosos y novicios de dicha Compañía cesen en la vida común dentro del territorio nacional en el término de diez días» (Gaceta de Madrid, núm. 24).

[28] Ley de Confesiones y Congregaciones religiosas de 3 de junio de 1933 (Gaceta de Madrid, núm. 154)

[29] Véase Azaña, Manuel, «Discurso en el campo de Lasesarre» (Baracaldo, 14 de julio de 1935). En *Obras completas*, Oasis, México, 1968, Tomo III, p. 266.

como sectario y anticatólico[30]. El resultado final, como sostuvo S. Varela, fue la impregnación de confesionalismo, en pro o en contra, de todo el abanico político[31] y, como resultado, la ineficacia consiguiente de todos los esfuerzos secularizadores.

En lo concerniente a la cuestión regionalista, Cataluña fue la primera región que acogiéndose a los preceptos constitucionales en la materia presentó a las Cortes Constituyentes un proyecto de Estatuto que, tras prolongados debates, fue promulgado por ley de 15 de septiembre de 1932. El Estatuto, que establecía la Generalitat como órgano de gobierno regional, tanto en su interpretación como en su vigencia estuvo muy condicionado por las luchas de partido durante el quinquenio republicano, hasta el punto de que el autogobierno solo tuvo efectividad durante dos años, toda vez que fue suspendido como consecuencia de los sucesos de cariz revolucionario de octubre de 1934, y solo tras el triunfo del Frente Popular en 1936 adquirió de nuevo vigencia. El País Vasco fue la segunda región española que accedió a la autonomía, si bien lo hizo en fecha ya muy tardía, octubre de 1936, como consecuencia no solo de los problemas de política nacional como era la enconada oposición de las derechas, sino también de las tensiones internas entre los propios partidos y las provincias vascas. El resto de las regiones españolas, exceptuando Galicia, que plebiscitó el Estatuto (esto es, Asturias, Castilla, País Valenciano, Baleares, Canarias y Andalucía) solo elaboraron anteproyectos o proyectos de autonomía, viniendo la guerra civil a acabar con tales procesos.

La Segunda República, en definitiva, intentó afrontar el problema secular del regionalismo español sentando las bases para encauzarlo con un modelo regionalista abierto de descentralización política. Pero es difícil emitir un juicio acerca de si las soluciones propuestas fueron o no acertadas, teniendo en cuenta los escasos y tan conflictivos años transcurridos y que, por ello, solo dos regiones alcanzaron efectivamente la autonomía, una de ellas en fecha muy tardía, unos meses después de producirse la sublevación militar e iniciarse la guerra.

En otro orden de cosas, la despolitización del Ejército y su sometimiento al poder civil fue uno de los primeros objetivos que se fijó el gobierno a través de su ministro de la Guerra, Manuel Azaña, pues su trayectoria intervencionista en la vida política del país constituía un elemento anómalo para la normalización y consolidación democrática. Tal

[30] Sobre todo ello véase mi citado estudio: «Fernando De los Ríos y la política educativa de la Segunda República», pp. 144 y ss. Ya Azaña era consciente de esto a la altura de la crisis de 1933: «Cada vez que repaso los anales del Parlamento constituyente y quiero discernir donde se jugó el porvenir de la política republicana y donde se atravesó la cuestión capital [...] mi pensamiento y mi memoria van inexcusablemente a la Ley de Congregaciones Religiosas, al artículo 26 de la Constitución, a la política laica, a la neutralidad de la escuela, a todo lo que se ha derivado de bienes, de esperanza y de rigores de justicia del principio asentado en la Constitución de la República contra lo cual se han desarrollado todas las maniobras visibles e invisibles que han sido capaces de suscitar una reacción contra nosotros para ver si nos hacía naufragar y, por último, confesémoslo, nos ha hecho naufragar y hemos naufragado» (En Ramos Oliveira, Antonio, *Historia de España*..., cit., pp. 146-147). En el mismo sentido se pronuncia Jackson, Gabriel, *La República Española y la guerra civil*, Grijalbo, México, 1967, pp. 98-99.

[31] Varela, Santiago, *Partidos y Parlamento en la Segunda República*, Fundación Juan March y Editorial Ariel, 1978, pp. 198 y ss.

objetivo era completamente acorde con uno de los principios sentados en el Título Preliminar de la Constitución: la renuncia a la guerra como instrumento de política nacional (art. 6). Para ello se dictaron una serie de leyes conducentes a reducir el elevadísimo número de oficiales, reestructurar la organización del Ejército, desmilitarizar Marruecos, suprimir las leyes jurisdiccionales y crear cuerpos especiales para la defensa de la República, como la Guardia de Asalto. Todas estas medidas serían acogidas por los republicanos con excesivo optimismo, ya que el acceso de las derechas al poder a finales de 1933 supuso no solo la congelación de la reforma, sino la entrada de militares de ideología netamente conservadora en puestos clave de la Administración militar[32].

Por lo que se refiere a la educación, la República acometió la ingente tarea de elevar el nivel cultural del país, especialmente el de las clases populares. Inspirada en el ideario educativo de la Institución Libre de Enseñanza, se adoptaron en este campo muy diversas medidas. Entre otras, se aumentó considerablemente el presupuesto destinado a instrucción pública; se estableció un ambicioso plan de construcciones escolares; se instituyó un sistema de Consejos para contribuir a la consecución de los objetivos de la «escuela unificada»; se introdujo la coeducación; se crearon y pusieron en funcionamiento las «Misiones pedagógicas», buscando la extensión en el disfrute del arte, de la cultura y del conocimiento entre las clases populares; se llevaron los estudios pedagógicos a la Universidad; se creó la Universidad Internacional de Santander con el objetivo de fomentar la convivencia entre profesores y estudiantes nacionales y extranjeros y reflexionar y debatir sobre los grandes temas de la ciencia y la cultura.

La importancia del problema educativo para la República deriva de que en él incidieron con particular intensidad las relaciones Iglesia-Estado por la sustitución de los centros educativos de las órdenes y congregaciones religiosas y por la corriente laicizante del gobierno. Frecuentemente algunas medidas educativas para implantar el laicismo en la educación crearon importantes fricciones con la Iglesia, las clases conservadoras e incluso con sectores de las populares que, en alguna medida, se beneficiaban de los centros religiosos de enseñanza. Tanta fue la intensidad del enfrentamiento que en el periodo llegó a hablarse de la existencia de una auténtica «guerra escolar». Pero, al igual que ocurrió con la reforma del Ejército, durante el llamado «bienio negro» (1933-1935) en buena medida se deshizo la política educativa tan trabajosamente puesta en marcha por Marcelino Domingo y por Fernando de los Ríos, política que no se reanudaría

[32] Sobre esta cuestión, Ballbé Mallol, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional* (1812-1983), Aranzadi, Navarra, 2020; Cardona, Gabriel, *El problema militar en España*, Historia 16, Madrid, 1990; Alía Miranda, Francisco, «Defensa nacional y papel del Ejército». En Álvarez Rey, Leandro (coord.), *La Segunda República Española, 90 años después (1931-2021) Balances y Perspectivas*, Vol. I, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, pp. 397-417.

hasta el triunfo del Frente Popular en 1936, pero ya sin oportunidad de prosperar en un ambiente de guerra civil tras la sublevación del 18 de julio[33].

De gran importancia fue también el problema agrario, uno de los retos sociales más importantes de la República[34]. Ya bien entrado el siglo XX, la estructura del campo español presentaba rasgos de indudable signo prácticamente «medieval»: grandes propiedades en manos de una minoría, latifundismo, absentismo, parcelación excesiva en algunas zonas, precarias y hasta inhumanas condiciones de trabajo de los jornaleros... A esta situación venía a sumarse una grave recesión económica. El Gobierno provisional encaró la cuestión con una serie de decretos que trataban de paliar en la medida de lo posible los problemas más urgentes, dejando la reforma agraria para un momento posterior. Esta se inició mediante una Ley de 1932, estableciendo un amplio sistema de expropiación, reparto de terrenos, indemnizaciones, medidas para maximizar el rendimiento, conversiones en regadío..., cuya ejecución sería llevada a cabo por el Instituto de Reforma Agraria, que funcionó desorganizadamente y con gran lentitud. En 1935 se dictó una nueva Ley de inspiración claramente conservadora, que supuso una auténtica contrarreforma, como sucedió en otros muchos aspectos, siendo anuladas numerosas disposiciones establecidas en el texto de 1932. También en este ámbito hubo que esperar al triunfo del Frente Popular para que la congelada reforma agraria se pusiera de nuevo en marcha. Y para ello se derogó la Ley de 1935, restableciéndose la de 1932, al tiempo que se agilizaba considerablemente el mecanismo de la expropiación. El Instituto de Reforma Agraria continuó la reforma, que se aceleró durante la guerra civil como consecuencia de la ocupación directa de las fincas por los campesinos. Pero ya no habría futuro.

5. A modo de conclusión

La Segunda República se inspiró en los principios y valores propios de un Estado democrático y social de Derecho en una manera ciertamente avanzada para su época. Partiendo de la Constitución de 1931, pretendió algo para lo que la sociedad no estaba madura: establecer una simbiosis entre un modelo político liberal-democrático con im-

[33] Remito a mi trabajo «Fernando De los Ríos y la política educativa de la Segunda República», cit., *passim*. Para un desarrollo más amplio, Pérez Galán, Mariano: *La enseñanza en la Segunda República Española*, Cuadernos para El Diálogo, Madrid, 1975.

[34] Sobre esta materia, véase el excelente y documentado libro de Biglino Campos, Paloma, *El Socialismo español y la cuestión agraria* (1890-1936), Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1986, especialmente pp. 313-478; Carrión, Pascual, *La reforma agraria de la Segunda República y la situación actual de la agricultura española*, Ariel, Barcelona, 1973; Gómez Oliver, Miguel, y González de Molina, Manuel, «Fernando de los Ríos y la cuestión agraria». En Cámara Villar, Gregorio (ed.), *Fernando de los Ríos y su tiempo*, cit., pp. 371-399; Cobo Romero, Francisco, «El problema agrario durante la Segunda República». En Álvarez Rey, Leandro (coord.), *La Segunda República Española, 90 años después (1931-2021) Balances y Perspectivas*, Vol. I, cit., pp. 419-459.

portantes referencias socializantes en una coyuntura histórica en la que las condiciones para ello no existían. Es más, dadas las circunstancias resultaba imposible alcanzar siquiera los compromisos necesarios para un más modesto orden liberal debido al clima de enfrentamiento irreductible existente entre las clases sociales y las formaciones políticas de derecha y de izquierda a lo largo de todo el quinquenio. En el texto constitucional cabe reconocer, aunque algunos no se expliciten textualmente, los principios y valores propios del liberalismo y del Estado social y democrático de Derecho: libertad, justicia, tensión hacia la igualdad real y eliminación de privilegios; reconocimiento y garantía de las libertades individuales; promoción del desarrollo personal y social mediante la educación y la cultura; respeto al pluralismo social, ideológico, religioso, político y territorial; aspiración a la paz entre los pueblos y carácter laico del Estado.

Los gobiernos republicanos del primer bienio se esforzaron en la puesta en marcha de las medidas que estimaron necesarias, con mayor o menor fortuna, para abordar las finalidades y objetivos de la Constitución desde los presupuestos de una democracia social que se pretendía modernizadora y avanzada para la época. Es bien expresivo de ello que el análisis de lo sucedido en el devenir del régimen republicano le devuelva a uno de sus principales protagonistas, Fernando de los Ríos, ya en el exilio, la imagen de una política que estuvo a su juicio ejemplarmente orientada por el diagnóstico, por el ideal, por los principios, valores y fines perseguidos para la superación del drama histórico español, pero que no fue lo suficientemente cauta, a la vista de su intensidad y de los conflictos y las circunstancias del momento, sino atropellada y quizás excesiva en los tiempos y modos de llevarla a cabo en algunos aspectos[35]. En buena parte fue esta una causa de la instalación objetiva de la República —no querida pero tampoco suficientemente advertida— en el temido movimiento pendular de nuestra historia y, como consecuencia, funcionó como uno de los factores que contribuyen a explicar la polarización social y política que finalmente condujo a su caída. La imposibilidad de generar consensos y compromisos sirvió, en definitiva, como elemento aglutinante para la convergencia y unión de las derechas más conservadoras y reaccionarias y las clases y fracciones de clase dominantes en interés de una nueva hegemonía. En un ambiente descarnado de lucha de clases los posicionamientos radicales de las izquierdas en algunas políticas —especialmente la religiosa y la educativa— por un lado y, de otro, la recepción conservadora de las ideas fascistas y la adopción por las derechas de la «interpelación religiosa» como elemento ideológico nuclear y fundente, exacerbaron el magma ideológico-político del «nacionalcatolicismo». Este fue utilizado para dotar de contenido ideológico, pretendidamente justificativo, al enfrentamiento y conspiración contra la República desde su mismo nacimiento y, en último término, al golpe de Estado que causaría su caída por la fuerza de las armas con el apoyo del nazismo alemán y del fascismo italiano.

[35] Así lo aprecia Ramos Oliveira, Antonio, *Historia de España. Octava parte*: *La Segunda República y la Guerra civil*. Tomo III, Compañía General de Ediciones, S.A., México, 1951, pp. 136 y ss.

Reflexionando sobre el sentido de España, con no disimulada emoción escribe Fernando De los Ríos en 1945: «Estuvimos a punto de que por vez primera se produjera un matrimonio de amor entre el pueblo y el Estado. Esa era la España que estábamos construyendo. ¡Si nos hubieran dejado diez años más! Pero era mucha la apetencia de España y, claro, también fue excesiva la impaciencia [...]. Y la impaciencia hace que se empuje a los que van delante, con lo cual el paso se precipita, y al precipitarse el paso puede ocurrir lo que previene nuestro refrán: «El que tropieza y no cae, adelanta camino, pero si cae...». Y nosotros caímos, no adelantamos camino»[36]. Todavía con la ilusión de poder recuperarlo durante los años en que se esperaba contar con ayuda de la acción internacional para desalojar del poder al fascismo clerical-militar, propone una vez más el método correcto para satisfacer este objetivo y romper con el sino pendular de nuestra historia: «Nuestra Constitución de 1931 se enfrenta con una nueva guerra civil. Ahora nos toca una Constitución en que salgamos de esta posición de tesis y antítesis para buscar un nuevo plano en que podamos convivir todos los españoles. Sin eso, España está perdida. ¡Para todos!»[37].

En definitiva, la Segunda República constituyó sin duda el más intenso y noble empeño de nuestra historia para la regeneración y modernización de España mediante la construcción de un sistema liberal-democrático y social. Todos sus elementos son los propios de la progresión del constitucionalismo democrático que en aquellos tiempos abría una nueva época y que no se desarrollaría y consolidaría sino con el paradigma del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra mundial que se prolonga hasta nuestros días. Como deseara y confiara Fernando De los Ríos, la semilla cayó en el surco y no en la roca estéril[38]: en 1978 reverdecieron las esperanzas y afanes democráticos, sociales y culturales que habían movilizado al pueblo español en aquellas memorables jornadas de abril de 1931. Ese hilo de continuidad con el constitucionalismo democrático y social que resurgió tras la derrota de los totalitarismos en 1945 es el que permite apreciar el real significado y valor no ya solo del texto constitucional de 1931 sino también del sistema político que, concebido para que pudiera fructificar con continuidad en el corto, medio y largo plazo, fue primero hostigado por las fuerzas sociales y políticas más conservadoras y reaccionarias durante los cortos años de su vigencia y finalmente acosado y abatido por la conspiración, el golpe de Estado, la guerra civil y la larga represión del franquismo.

---

[36] De los Ríos, Fernando, «Sentido y significado de España», Conferencia en el Centro Español. México D.F., enero 17, 1945. En *Fernando De los Ríos. Obras completas* (Edición de Rodríguez de Lecea, Teresa), Tomo V, *Escritos guerra civil y exilio*, Fundación Caja de Madrid y Anthropos Editorial, Madrid, 1997, p. 355.

[37] *Ibidem*.

[38] De los Ríos, Fernando, «La obra cultural de la República», *Revista de las Españas*, año II, núm. 7, extra, 29 de noviembre de 1947, p. 2. *En Fernando De los Ríos. Obras completas*, cit., p. 385.

PARTE III

ESTUDIOS SOBRE EL PARLAMENTO Y LA DIVISIÓN DE PODERES

CAPÍTULO 10
DEL PARLAMENTARISMO RACIONALIZADO AL PARLAMENTARISMO DE OPOSICIÓN

José Tudela Aranda
Secretario General
Fundación Manuel Giménez Abad

1. Introducción. La investidura como primer reflejo de la crisis de la forma de gobierno

La última década de la política española ha sido particularmente convulsa. Desde las elecciones de enero de 2016 hasta hoy, han tenido lugar otros cinco procesos electorales, correspondiéndose con seis legislaturas. Dos de ellas tuvieron la condición de «fallidas», denominación adicionada a nuestro vocabulario jurídico-político. Además, en la XII Legislatura triunfó, por vez primera, una moción de censura: lo imposible se hizo posible, si bien, para ello, como se verá, tuvo que acontecer una auténtica «mutación» de esta institución. Si hasta esas elecciones, la política española se había caracterizado por su extraordinaria estabilidad[1], desde ese momento viró hasta hacer de la inestabilidad regla general. Un giro radical que sucedió sin que se alterase un solo precepto de las normas que definen la forma de gobierno como conjunto de relaciones entre el ejecutivo y el Parlamento. La causa no fue otra que el profundo cambio acaecido en el sistema de partidos desde la irrupción de Podemos en las elecciones europeas de 2014[2]. Es importante resaltar esta circunstancia. Mucho se había dicho (y denunciado) del «blindaje» del modelo bipartidista por el constituyente: no había opción a un modelo alternativo, la política española estaba «condenada» al protagonismo absoluto

[1] Sobre la forma de gobierno en la Constitución española, Paniagua, J. L., «El modelo parlamentario en la Constitución de 1978», en el vol. col., *Transición política y consolidación democrática. España (1975-1986),* CIS, 1992; Fernández Miranda, A., «Sobre la forma de gobierno: ¿un exceso de racionalización?», en *Treinta años de Constitución,* Tirant lo Blanch, 2010.

[2] Sobre el impacto político del movimiento de los indignados, Torreblanca, I., *Asaltar los cielos. Podemos o la política después de la crisis,* Debate, 2015; Innerarity, D., *La política en tiempos de indignación,* Galaxia Gutemberg, 2015.

de PP y PSOE que se repartían el poder como élites dominantes y excluyentes. El argumento se repitió hasta convertirse en cuasi dogma para determinados sectores de la política y de la academia. La realidad desmontó con radicalidad esta tesis: si bien es innegable que el constituyente buscó un sistema estable e ideó un marco normativo que lo facilitase[3], cuando la sociedad quiso censurar una determinada forma de hacer política y dar la alternativa a nuevas opciones, lo hizo con la correspondiente traducción en la representación parlamentaria. Me parece pertinente insistir en este extremo no ya por recordatorio (necesario) frente a determinados alegatos sino como reivindicación esencial del pluralismo que ampara.

El cambio del sistema de partidos ha tenido y tiene inevitables y profundas consecuencias sobre el sistema institucional. Cambios que no sólo se relacionan con las dinámicas políticas sino que afectan al desenvolvimiento de procedimientos e instituciones del mayor relieve constitucional. En estas páginas, haré referencia singular a alguno de ellos. Con todo, el objetivo fundamental es aproximarse a una visión de conjunto que refleje un cambio que se acerca a la mutación en la práctica de la forma de gobierno.

Antes de analizar la investidura como primer escalón de los cambios mencionados, es preciso completar la alusión a la transformación del sistema de partidos. Las alteraciones institucionales que se describirán, no tienen sólo como causa su fragmentación. Esta característica puede dificultar la formación de mayorías pero en absoluto las impide. Lo que obliga es a asumir la negociación y la transacción como condición de gobierno. La fórmula puede ser un Gobierno de coalición o un acuerdo de gobierno estable que, en cualquiera de los dos supuestos, posea un apoyo que les aproxime, al menos, a garantizarse la estabilidad parlamentaria. Las dos opciones son factibles sea cual sea el grado de fragmentación política. Si en España ha sido muy difícil o, directamente, imposible ha sido por circunstancias particulares. Por un lado, por la extraordinaria polarización que hace imposible siquiera plantearse acuerdos que vinculen a los principales competidores por el poder; por otro, porque los actores que pueden otorgar la mayoría bien se encuentran situados en los extremos del espectro político bien tienen como única finalidad declarada, destruirlo. Fragmentación; polarización extrema; y un elevado número de parlamentarios con ánimo puramente estratégico o, directamente, destructivo para con el sistema. Una suma excesiva para pensar que el diseño político, y, en concreto, la forma de gobierno podía superarlo sin grandes consecuencias.

Como se indicó, la investidura es la primera institución que merece atención. Así, desde 2015, un precepto constitucional que había pasado casi desapercibido y que parecía poco propicio a levantar pasiones, el artículo 99, ha tenido un notable protagonis-

[3] Paniagua, J. L., «España: un parlamentarismo racionalizado de Corte Presidencial». En Lánzaro, J. (coord.), *Presidencialismo y parlamentarismo. América latina y Europa meridional,* CEPC, Madrid, 2012, pp. 225-268.

mo. Hasta ese momento, muy pocos habían reparado en el mismo[4]. Era normal. Funcionaban los automatismos y no parecía que hubiese razones para pensar que la situación podía cambiar: uno de los dos grandes partidos nacionales alcanzaba la mayoría absoluta o una cifra de diputados cercana a ella y, en todo caso, suficiente como para disipar cualquier duda sobre quién habría de recaer la propuesta regia. La misma noche electoral se sabía sobre quién recaería la propuesta y, casi con toda seguridad, quién lograría la investidura. Dados los prejuicios establecidos alrededor del sistema electoral (y la práctica de casi cuarenta años) se llegó a pensar que no podía ser de otra manera y que, en consecuencia, su soporte constitucional no requería una atención particular. No es objeto de estas páginas el realizar un análisis técnico de esta institución ni examinar posibles alternativas a su diseño actual[5]. Nuestro interés se centra en cómo el cambio en las dinámicas políticas ha cuestionado su teoría y, sobre todo, en la materialización práctica de las mismas.

Desde la XI Legislatura (2016), los automatismos desaparecieron y, de forma inevitable, las miradas se dirigieron al precepto que debiera dar soluciones a los nuevos problemas. Las dos «fases» de la investidura pasaron a estar dominadas por el conflicto. Por un lado, la propuesta regia pasó del terreno de lo evidente al terreno de la duda. La razón es la incertidumbre que rodea los posibles apoyos de los candidatos. Expresión gráfica de ello es lo sucedido en la XV Legislatura, cuando, por vez primera, el candidato propuesto por el Rey no es el más votado por ser, como se confirmó, el que más posibilidades tenía de ser investido[6]. En relación con este extremo, no puede dejar de aludirse a la irresponsabilidad de unos actores políticos que acuden a la ronda de consultas con el Jefe del Estado sin las tareas hechas, obligando al Monarca a desenvolverse en el terreno de las hipótesis.

Con todo, es en el segundo y culminante hito del proceso de investidura, cuando esta institución adquiere todo su protagonismo en relación con el hilo argumental de estas páginas. Tanto es así que habrá que volver sobre este extremo. En estas líneas preliminares lo que es preciso destacar es que se ha transitado desde investiduras que garantizaban una acción de gobierno sostenida por una mayoría parlamentaria (o, en su caso, muy próxima) a mayorías coyunturales, en la práctica totalidad de los casos limitadas al momento mismo de la investidura. En términos clásicos de la teoría de la forma de gobierno parlamentaria, se ha abandonado la formación de una mayoría estable alrede-

[4] Al respecto, véase Vintro, J., *La investidura parlamentaria de Gobierno. Perspectiva comparada y Constitución española,* Congreso de los Diputados, Madrid, 2017.

[5] Como en relación con la práctica totalidad de las materias examinadas en estas páginas, son varios los trabajos que se han realizado al respecto. Véase Satrústegui Gil-Delgado, M., «El artículo 99 de la Constitución supera la prueba de 2016». En Aranda, E. (coord.), *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 79-102.

[6] Torres del Moral, A., «La posición del Rey en el procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno». En Aranda, E. (coord.), *Lecciones...*, cit., pp. 29-78.

dor de un programa de gobierno por el acuerdo puntual en relación con la investidura de un candidato determinado. La consecuencia no ha sido otra que la inexistencia de mayorías parlamentarias estables. Lógicamente, la inestabilidad ha variado en intensidad a lo largo de estos casi diez años. Pero en ningún caso se ha ejercido la función de gobierno con la garantía del correspondiente respaldo parlamentario. Como habrá de verse, ello ha tenido consecuencias que transcienden la dinámica política para afectar al funcionamiento institucional.

La evolución del sistema de partidos ha quebrado lo que parecía un funcionamiento automático de la investidura. Desde 2015, la formación de las alianzas necesarias para lograr la investidura se hecho muy compleja, hasta el extremo de, como inmediatamente se verá, cuasi normalizar la posibilidad de la repetición de elecciones. Sin duda, ello es un fracaso y los actores políticos se encuentran obligados a intentar evitarlo: su deber es traducir en Gobierno el mandato de los ciudadanos; estos ya se han pronunciado y volver a preguntarles es una evidente falta de respeto democrático. Más allá, debe recordarse que la finalidad de la investidura no es la elección de un candidato sino la formación de una mayoría parlamentaria sobre un determinado programa de gobierno.

2. El fracaso político y la convocatoria de nuevas elecciones

Lo sucedido alrededor de los distintos procesos de investidura sucedidos en estos años refleja algunas de las patologías que afectan al sistema político español. Son fiel testimonio de la frivolidad de unos dirigentes políticos que juegan reiteradamente con el orden institucional demostrando, simultáneamente, tanto su menosprecio por reglas esenciales del funcionamiento institucional como su incapacidad para forjar los acuerdos políticos que los españoles reclaman en las urnas. Los daños en la institucionalidad son graves: desde 2015 no se logra articular una mayoría estable de Gobierno y la repetición electoral ha pasado a considerarse como una opción más, cuasi natural. Necesariamente, la desconfianza de los ciudadanos crece en proporción a la erosión del crédito de instituciones como las Cortes Generales o los propios partidos políticos.

Desde las elecciones de 2015 hasta las de 2023, el entonces emergente sistema de partidos ha evolucionado con consecuencias institucionales. La pérdida de la posición hegemónica de los dos primeros partidos nacionales conlleva, necesariamente, la obligación de alcanzar acuerdos políticos para lograr una investidura que, resulta preciso repetirlo, para ser coherente con el diseño constitucional debería lograrse en torno a un acuerdo de gobierno. Como se indicó, en ningún caso se ha logrado un acuerdo sólido en relación con un programa de gobierno. Pero el fracaso institucional aún ha sido mayor: en dos supuestos ni siquiera fue posible el mínimo acuerdo para designar un Presidente de Gobierno (XI —2016— y XIII —2019— Legislaturas). Esta circuns-

tancia ha provocado que se haya llegado a «normalizar» la opción de no alcanzar el acuerdo de investidura y volver a llamar a los electores para resolver el fracaso político. Así, la posibilidad de una repetición electoral también sobrevoló las XII y XV Legislaturas. Resulta preciso realizar siquiera una breve reflexión sobre este hecho. Junto a ello, es conveniente realizar un apunte sobre las dinámicas derivadas de la evolución del sistema de partidos y que, aparentemente, se han consolidado en el inicio de la XV Legislatura.

La quiebra de un bipartidismo imperfecto que había garantizado una cuasi perfecta estabilidad política y su sustitución por un sistema multipartidista tenía como consecuencia necesaria que la formación de mayorías estables fuese objetivamente más difícil. Alcanzarlas exigía una cultura de acuerdo que hasta ese momento no había sido puesta a prueba: en la mayoría de las Legislaturas había existido bien una mayoría absoluta bien un partido con un número suficiente de escaños para garantizarse una mayoría estable[7]. Los resultados electorales de los años estudiados ni siquiera garantizaban una mayoría estable con la alianza de dos actores: al menos eran precisos tres, ya que el acuerdo PSOE-PP no se consideraba una opción[8]. Es éste el contexto que explica el surgimiento de la expresión «Legislatura fallida»: aquella en la que se fracasa en la investidura y es preciso repetir elecciones pocos meses después de las anteriores. Al respecto, es forzoso recordar que el artículo 99.5 de la Constitución establece que si transcurridos dos meses desde la primera votación de investidura, ningún candidato hubiera obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá las Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Gobierno. De nuevo, entraba en juego un precepto constitucional que en buena medida se consideraba hibernado. Es decir, uno de aquellos artículos que cabía entender casi como una cláusula de estilo, ya que no era plausible que hubiese que aplicarlo. Su doble aplicación en un plazo muy breve de tiempo no sólo ha puesto en evidencia la temeridad de la suposición de que lo excepcional no tiene cabida en la realidad sino que ha suscitado cierto debate. Pueden distinguirse dos tipos de consideraciones alrededor de esta situación.

En primer lugar, se ha cuestionado la propia idoneidad de la estructura jurídica de la citada disposición. En concreto, se ha criticado su automatismo, y, muy especialmen-

[7] La situación era ligeramente diferente en las Comunidades Autónomas. El mapa es muy heterogéneo pero cabe destacar que las coaliciones fueron frecuentes en Comunidades Autónomas como Aragón, País Vasco, Cataluña o Canarias. En general, la cultura del acuerdo, traducido en coalición o acuerdo de gobierno estable, estaba asentada en el espacio autonómico.

[8] Ninguno de los dos grandes partidos se han mostrado propicios a eventuales acuerdos transversales, siquiera cuando la aritmética política era más complicada. En todo caso, la expresión mas gráfico del rechazo a esta fórmula es el lema ¡No es no¡, enarbolado por el Secretario General del PSOE, Pedro Sánchez ante la eventual posibilidad de apoyar una investidura de Mariano Rajoy, evitando de esta manera una tercera llamada consecutiva a las urnas. Como es sabido, los órganos de dirección del Partido impusieron su tesis favorable a la investidura, provocando una crisis saldada con el abandono de la Secretaría General por parte de Pedro Sánchez.

te el plazo de dos meses[9]. En mi opinión, no hay lugar para la crítica. Desde luego, y más con la experiencia acumulada, se puede buscar otro marco normativo para una situación que se ha demostrado no tiene por qué ser excepcional. Pero el artículo vigente ofrece la suficiente flexibilidad como para que las fuerzas políticas puedan adaptar los tiempos a las necesarias negociaciones. El problema no radica en la brevedad del plazo de dos meses. El problema radica en el hecho de que los partidos han considerado plausible, hasta normal, llegar a la investidura sin asegurar el resultado[10]. Con sentido político, el constituyente fijó el inicio del plazo en la primera votación de investidura. Es el único plazo. La Constitución no establece un término para celebrar esa sesión de investidura. En consecuencia, los partidos disponen de todo el tiempo que necesiten para alcanzar el acuerdo necesario. Pero han incumplido su función constitucional. Ni siquiera han sido capaces de negociar en tiempo y forma. Han buscado en inciertas votaciones, el instrumento de presión necesaria para alcanzar la ansiada mayoría. Es una táctica política que responde a una lógica conocida. Poner al posible socio o al oponente, ante la necesidad de elegir el mal menor, evitando unas nuevas elecciones. Pero que la táctica tenga una explicación política, no evita que sea una nueva perversión del sistema.

Lo anterior, y en segundo lugar, debe conectarse con una reflexión a caballo entre la ciencia política y el derecho constitucional. La ausencia de acuerdo, incluso con el vértigo producido por el automatismo contemplado en el artículo 99.5, ha conllevado que por dos veces se repitiesen elecciones con un intervalo muy breve de tiempo. Es más, la posibilidad de unas terceras elecciones consecutivas sin mediar investidura estuvo muy cerca de ser realidad. Así las cosas, es razonable plantear una pregunta que, a priori, tendría una respuesta sencilla ¿Son las elecciones el medio adecuado para resolver el bloqueo provocado por la incapacidad de las distintas fuerzas políticas de alcanzar un acuerdo para formar una mayoría de gobierno?

Decía que la respuesta en apariencia parece ser sencilla. Sí, en una democracia los conflictos políticos de estas características deben ser resueltos por los ciudadanos. Caben pocas dudas de que se trata de la respuesta más ortodoxa. Pero, de acuerdo con el espíritu de estas páginas, no quiero dejar de pasar por alto la anomalía que subyace a este recurso. Una segunda llamada a elecciones, mediando un muy escaso periodo de tiempo, es, necesariamente, también una apelación a los ciudadanos para que rectifiquen su voto. De alguna manera, perdónese la pequeña exageración, se les dice que se han equivocado, que faciliten otros números para que los políticos puedan cumplir su función.

[9] En este sentido, Mateos, O., y De Cabo, C., «La elección parlamentaria del Presidente de Gobierno en España: análisis normativo y propuesta de reforma del artículo 99. 5 de la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, 2017, pp. 176-180. Una posición contraria, Aragón Reyes, M., «Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 109, 2017, pp, 15-34; y Satrústegui Gil-Delgado, M., «El artículo 99...», *cit.*, pp. 97-100.

[10] Aragón Reyes, M., «Legislatura...», *cit.*, p. 18.

Ni que decir tiene que una tercera llamada a elecciones supondría una consolidación exponencial de esta apreciación. Es evidente que hay ocasiones en las que la composición de la Cámara resultante tras unas elecciones es de una particular complejidad. Y aunque casi nunca debe imposibilitar la formación de una mayoría, puede entenderse que de forma muy excepcional provoque una convocatoria de elecciones. No es lo que ha sucedido en España. De nuevo, los partidos hicieron regla de lo excepcional. Su incapacidad para dialogar y negociar, incluso con mayorías parlamentarias relativamente claras, debía ser corregida por los ciudadanos... cambiando su voto. Insisto en esta última afirmación porque me parece importante en relación con el principio democrático. Los ciudadanos son llamados a las urnas y deparan unas Cámaras con una composición determinada. Si han optado por un modelo pluripartidista, como ha sucedido en España desde 2015, expresan implícitamente la obligación de llegar a acuerdos, incluso desde posiciones a priori distantes. La obligación de los partidos políticos es agotar hasta el final la posibilidad de esos acuerdos. Dicho de otra manera, están obligados a respetar la voluntad ciudadana y a alcanzar un acuerdo que permita la investidura.

El que no haya sucedido así es sólo una manifestación más de la distancia en la que los partidos se han situado en relación con el cumplimiento de las funciones que tienen constitucionalmente asignadas. No pueden pedir a los ciudadanos que resuelvan lo que les competen a ellos. En una democracia parlamentaria, la formación de Gobierno tiene dos etapas perfectamente diferenciadas. Por un lado, la expresión de la voluntad ciudadana; por otro, la negociación política que ha de traducirse en una mayoría de gobierno. Con su comportamiento, los partidos han alterado esta dinámica, provocando, una vez más, una seria distorsión del sistema constitucional.

Una última consideración debe ser añadida. La consecución de una mayoría estable y el alejamiento de cualquier posibilidad de repetición electoral se dificulta de manera extraordinaria por una premisa de nuestro sistema político que, a la postre, se encuentra en el origen de muchas de las anomalías descritas. Me refiero a la consolidación de una política de bloques de acuerdo con la cual todo es posible menos pactar con el otro gran partido político de ámbito nacional. Una política perfectamente consolidada en el eslogán «no es no». Así, puede afirmarse que las mayorías existentes después de la moción de censura que llevó al poder a Pedro Sánchez se han construido más sobre la negación que sobre la afirmación de un proyecto político determinado. Un acuerdo en positivo, por lo demás objetivamente de muy difícil consecución si se tienen en cuenta las casi radicales diferencias de programa entre las formaciones que integran esa mayoría, al conformarla partidos de izquierda y de derecha, independentistas y defensores de la unidad, comunistas y democristianos.

3. La moción de censura «constructiva»

Entre las instituciones más relativizadas de nuestro derecho constitucional, se encontraba la moción de censura. El diseño de la Constitución, en sus artículos 113 y 114, era claramente disuasivo[11]. Incorporado de la Ley Fundamental de Bonn, implicaba la exigencia de un doble requisito para el éxito de la iniciativa. Por un lado, la censura misma al Gobierno y, por otro, más relevante, el acuerdo en otorgar la confianza a un nuevo candidato y programa. Por ello, había común acuerdo en señalar que se trataba de una institución condenada la marginalidad y que, a lo sumo, podía adquirir relevancia como instrumento en el debate político. La escasa experiencia acumulada corroboraría esta apreciación.

Hasta el inicio del nuevo ciclo político que representaron las elecciones de 2015, tan sólo se habían presentado dos mociones de censura. Las dos fracasaron, si bien sus resultados tuvieron un efecto político muy distinto. En el caso de la presentada por Felipe González en 1980 contra el Gobierno de Adolfo Suarez, el saldo en términos estrictamente políticos fue un éxito. El joven candidato utilizó la tribuna parlamentaria para presentar «un proyecto global de Estado» y la sociedad asumió que existía una verdadera alternativa de gobierno. Distinto fue el resultado de la presentada por Antonio Hernández Mancha contra el propio Felipe González en 1987. El fracaso en el debate propició el final de la carrera política del candidato. La moción de censura no era un instrumento marginal. Podía ser un arma política potente. Seguramente, la más relevante que en sede parlamentaria podía ejercer el líder de la oposición. Pero no parecía un verdadero instrumento para hacer efectiva la responsabilidad política del Gobierno. Podía haber acuerdo en la censura. Que simultáneamente lo hubiese en la propuesta alternativa de candidato y programa, parecía imposible.

Hoy, nuestra perspectiva es diferente. En el 2017, Pablo Iglesias presentó una moción de censura contra Mariano Rajoy. Sin el apoyo del PSOE, esta iniciativa más parecía ir dirigida a la consecución del liderazgo de la izquierda, aprovechando la crisis interna del PSOE, que a exigir la responsabilidad política del Gobierno. El líder de Podemos no alcanzó ninguno de sus objetivos. Así, parecía que se confirmaba todo lo dicho y escrito hasta la fecha. Pronto hubo que cambiar de opinión. En mayo de 2018, la ejecutiva del PSOE acordaba presentar una moción de censura contra el mismo Gobierno de Mariano Rajoy. El candidato sería Pedro Sánchez que no ostentaba la condición de Diputado[12]. Se abría una nueva etapa para la institución que se analiza.

---

[11] Elías Méndez, C., *La moción de censura en España y Alemania*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005.

[12] Es ésta una circunstancia relevante que exige un comentario más detenido del que permiten estas páginas. Como se indicó, ya existía el antecedente del candidato Antonio Hernández Mancha. Más el análisis cambia sustancialmente cuando se demuestra que el carácter «constructivo» de la censura, no es necesariamente tal.

El candidato necesitaba bien el apoyo de Ciudadanos bien el de los partidos secesionistas y la adición del PNV que pocas semanas antes había votado a favor el presupuesto presentado por el Gobierno de Mariano Rajoy. Al negárselo el primero, todo hacía indicar que se repetía la historia. De nuevo, fracasaría una moción de censura. Pero desde el primer momento, fue diferente. En este caso, a diferencia de los otros, no existió nunca seguridad sobre el resultado. Las conversaciones estaban abiertas y era posible que, finalmente, triunfase la moción de censura. Así sucedió. El 1 de junio de 2018 se votó y la moción salió adelante con 180 votos a favor, 169 en contra y una abstención. Todo el Congreso, excepto Ciudadanos y el Partido Popular, votaron favorablemente la moción de censura. Por vez primera en la democracia española, se hacía efectiva la responsabilidad política. Con todo, la novedad en la dinámica del sistema constitucional era más relevante. La forma en la que se articuló la mayoría que votó a favor de la moción de censura, suponía una auténtica mutación de la institución.

El diseño constitucional de la moción de censura no supone sólo el voto a favor de un candidato determinado. Es el voto por una mayoría alternativa de gobierno, es decir por candidato y programa. La paradoja de la votación del 1 de junio es que el Gobierno resultante tenía sólo el apoyo expreso de los 84 Diputados del Grupo Parlamentario socialista y la promesa de respaldo mediante acuerdos coyunturales de los 67 Diputados de Unidos Podemos, es decir, como mucho, 151 Diputados. El Presidente se comprometió a conformar un Gobierno de transición que asegurase la normalidad democrática para convocar elecciones generales cuanto antes. Así, se ratificaba lo que se había visto desde el principio. Más que una moción de censura constructiva, se trató de una simple censura. Había acuerdo en ejercer la responsabilidad política contra Mariano Rajoy. No había semejante acuerdo para sostener a una nueva mayoría parlamentaria. La constatación llegó pronto. Cuando el Presidente rectificó su posición inicial y pretendió aprobar el presupuesto del 2019 y llegar a agotar la Legislatura, sólo obtuvo el apoyo de Unidos Podemos. Los Grupos secesionistas que le votaron en la investidura, se lo negaron. El resultado fue que el 5 de marzo del 2019, Pedro Sánchez anunció la disolución de las Cortes Generales.

Así, de forma consciente o inconsciente, la responsabilidad política en España había mutado. La moción de censura para triunfar no exigía necesariamente un acuerdo para construir una mayoría de gobierno alternativa, no exigía ser positiva. Sólo era preciso el acuerdo en la retirada de la confianza al Presidente correspondiente. Un hecho que quedó incluso demostrado antes de la exposición de hechos referida. Durante la misma tramitación de la moción de censura, dos propuestas del candidato Sánchez reflejaban esta concepción. Por un lado, planteó al Presidente Rajoy que retiraría la moción si se comprometía a disolver las Cámaras y convocar elecciones. Por otro, buscó atraer el voto del Grupo Parlamentario de Ciudadanos con la promesa de que, si lo obtenía, convocaría elecciones de manera inmediata. Lo más relevante es que este ejem-

plo abrió un sendero nuevo para esta figura en la dinámica política española y, transcendiendo estrictamente a la propia institución, al conjunto de nuestra dinámica política.

En relación con este último extremo, la consecuencia obvia es la «relativización» de las exigencias políticas necesarias para conformar Gobierno. En una forma de gobierno parlamentaria, como hubo ocasión de subrayar, las mayorías se conforman alrededor de un programa, existiendo el presupuesto de un apoyo político «suficiente» para garantizar la estabilidad en su ejecución. De allí, precisamente, el diseño «constructivo» de la moción de censura. Es preciso recordar que todo ello son premisas asociadas al denominado parlamentarismo racionalizado: después de la experiencia histórica del periodo de entreguerras, se consolidó la convicción de que era preciso procurar a los sistemas políticos parlamentarios de instrumentos que favoreciesen su estabilidad. Ésta se consideraba un bien preciado y debía realizarse un esfuerzo colectivo para su preservación. Bien, la moción de censura de 2018 representó la quiebra de esta premisa: la estabilidad cedió el lugar que poseía como valor constitucional. Necesariamente, se abría la puerta a la incertidumbre. Y si bien ésta no es necesariamente sinónimo de inestabilidad, resulta obvio que es un puente hacia la misma. La confirmación de esta presunción ha sido rápida. Como ya se ha examinado, en las distintas investiduras posteriores a la citada moción de censura se ha confundido de manera sistemática elegir Presidente con la necesaria conformación de una mayoría de gobierno propia de la forma parlamentaria. Confusión que explica en buena medida la deriva general en la que se ha instalado la política española y el elevado nivel de incertidumbre que la acompaña.

Ésta es la consecuencia de más largo alcance de la deriva observada por la conformación de las mayorías y que tuvo su origen en la citada moción de censura. Si se pone el foco de manera estricta en la institución de la moción de censura, la consecuencia es aún más evidente: la presentación de una moción de censura no tendrá por qué tener una vocación «constructiva». Expresado de manera diferente, se ha abierto la vía para provocar la caída de un Gobierno mediante su censura sin necesidad de asegurar una mayoría alternativa. Es claro que la letra de la Constitución obliga a presentar a un candidato y que éste debe presentar un programa de gobierno. Pero con el precedente existente, nada impide que ese programa se limite a la inmediata convocatoria de elecciones. Frente a lo que se creía que era el espíritu constitucional, sería suficiente la existencia de un acuerdo en la censura. La parte «constructiva», la conformación de una mayoría alternativa, se dejaría a un proceso electoral. Como es obvio, ello modifica sustancialmente las bases de nuestro régimen parlamentario. Y no es aventurado decir que también las dinámicas políticas, más aún en tiempos de gobierno por mayorías muy inestables conformadas alrededor de numerosas y muy diversas fuerzas. Es evidente que se trata de un entendimiento de las previsiones constitucionales dudoso y al que se pueden plantear importantes objeciones. Pero se ha transitado y sin que se pusiese en cuestión ni sus premisas ni su resultado.

En todo caso, no parece que esta deriva se corresponda con las previsiones de quienes redactaron los artículos 113 y 114 de la Constitución y, en general, diseñaron una forma de gobierno de corte parlamentario ortodoxo y racionalizado.

4. La ruptura de los presupuestos de la forma de gobierno parlamentaria y la deriva del Parlamento

Todo lo antedicho avala afirmar que los presupuestos de la forma de gobierno diseñada por el constituyente se encuentran en entredicho. Por temor a la repetición, me limitare a realizar una breve síntesis, destacando las cuestiones que considero esenciales. Lo haré pensando en la relación que esa alteración de algunos de los presupuestos esenciales de nuestra forma de gobierno tiene con la propia deriva de la Institución parlamentaria, a la que dedicaré una atención particular.

Al menos, son dos de los fundamentos esenciales de la forma parlamentaria los que se encuentran cuestionados si no, directamente, derogados. Presupuesto de esta afirmación es la opción del constituyente español por el ya aludido parlamentarismo racionalizado. Opción que no es en absoluto neutra para el desenvolvimiento del modelo político: el constituyente optó por un modelo que, junto a la representatividad, tenía la estabilidad como objetivo fundamental. Como se ha visto, en los últimos años ese modelo ha evolucionado hasta las fronteras de la mutación: la estabilidad ha dejado de ser un valor de referencia. Se asume como «normalidad» una inestabilidad que se acerca a la radicalidad. Los avatares que se suceden con motivo de cada votación transcendente, avalan esta afirmación.

El primero de los fundamentos aludidos es el presupuesto de la necesidad de existencia de una mayoría estable de gobierno conformada alrededor de un determinado programa. La formación de Gobierno en el parlamentarismo racionalizado descansa sobre la existencia de una mayoría que pueda garantizar de forma eficaz el ejercicio de la función ejecutiva. Se ha renunciado a ello. La conformación de Gobierno gira alrededor de la obtención de la mayoría requerida en el momento de la investidura. Desde la aprobación de la moción de censura que facilitó el acceso a la Presidencia del Gobierno de Pedro Sánchez, la investidura se ha disociado de la consecución de ese acuerdo. La pasada y la presente Legislaturas son claro exponente de esta situación: en ninguna de las dos ocasiones se consiguió un acuerdo de gobierno que garantizase una mayoría estable. El acuerdo se limitaba al acto estricto de la investidura y, desde ese momento, cada acuerdo parlamentario debía ser objeto de una negociación singular. El hecho de que la XIV Legislatura se agotase en su práctica totalidad no desmiente la afirmación realizada. El presupuesto de un Gobierno estable se sustituyó por un Gobierno precario y que en distintas ocasiones sobrevivió bien fruto de un acuerdo de último momento bien, inclu-

so, por el azar[13]. Aún es pronto para juzgar el desenvolvimiento de la XV Legislatura. Pero los sus presupuestos no sólo no difieren de la precedente sino que los agravan. La incorporación a la mayoría de una nueva, y particularmente radical, formación política, hace factible aventurar un escenario, al menos, similar. Lo sucedido durante transcurso de su primer año, confirma los temores[14].

Cabe realizar dos consideraciones adicionales al respecto. La primera de ellas tiene que ver con la «naturalidad» con la que se ha asumido este estado de cosas. Lejos de demostrar conciencia de su excepcionalidad, se ha interiorizado como un hecho «normal», como una circunstancia en absoluto anómala. En ningún caso se ha considerado preciso el aludido acuerdo de gobierno. El éxito de la negociación correspondiente se ha vinculado estrictamente a la investidura. La normalización de esta opción es, precisamente, lo que en última instancia resulta determinante para denunciar una alteración sustancial de la forma de gobierno. En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, hay que aludir a una cuestión de orden politológica. La renuncia a la mayoría natural de la forma parlamentaria se encuentra estrechamente vinculada a la pérdida de la vocación hegemónica del PSOE. La construcción de la mencionada mayoría, bien en la izquierda bien en la derecha, descansaba sobre el presupuesto (vigente hasta 2015) de que uno de los dos grandes partidos obtendría o se acercaría sustancialmente a la mayoría absoluta. En apariencia, el PSOE ha renunciado al citado objetivo sustituyéndolo por la garantía de ser el núcleo de un bloque conformado por la común denominación de su oposición a una mayoría conservadora (o ultraderechista en el lenguaje dominante). La conjunción de estas dos premisas se traduce en la generación de lo cabría denominar un parlamentarismo «negativo»: la mayoría no se conforma sobre una propuesta positiva, de hacer, sino sobre la negativa a que gobierne una determinada formación política o el bloque generado alrededor de la misma. Un elocuente reflejo de esta situación es la heterogeneidad programática que ha caracterizado y caracteriza las últimas mayorías de gobierno. Si bien cubiertas por la etiqueta de «mayoría progresista o de progreso», incluyen propuestas radicalmente contradictorias y a formaciones sustancialmente alejadas ideológicamente. Y, todavía más relevante, dos posiciones radicalmente opuestas en relación con el orden constitucional vigente: por un lado, el PSOE que se postula como defensor; por otro, todos sus aliados que, abiertamente lo cuestionan en sus fundamentos esenciales.

El segundo de los presupuestos de la forma parlamentaria diseñada por el constituyente que ha resultado alterado es el relativo a los presupuestos de censura del Gobierno.

[13] Un ejemplo de esto último fue lo sucedido durante la votación de la reforma laboral, cuando sólo un despiste de un Diputado del Partido Popular hizo posible la aprobación de la iniciativa, no sin seria polémica alrededor de lo sucedido durante la votación.

[14] En el Congreso, en un año, apenas se han aprobado dos proyectos/proposiciones de ley impulsados por la mayoría; el Gobierno ha votado de manera diferente según sus socios, provocando la derrota de iniciativas relevantes; no se han podido presentar presupuestos; o se ha reprobado ministros.

Ya hubo ocasión de analizar este extremo y de subrayar como lo acontecido en 2018 se acerca a la mutación del diseño constitucional de la moción de censura. Sintéticamente, deja de ser constructiva para emerger como «destructiva»: no es preciso ponerse de acuerdo en un candidato; será suficiente la coincidencia en la revocación de la confianza al Presidente correspondiente. Lógicamente, la dicción constitucional sigue obligando a que se elija un candidato alternativo y a que éste presente un programa. Pero como quedó en evidencia en la moción de 2018, el acuerdo (y programa) puede limitarse al compromiso del candidato a disolver las cámaras y convocar elecciones. Se trata de una manifestación adicional de la aludida evolución hacia un parlamentarismo «negativo». En este sentido, no se suele destacar suficientemente la importancia que para la dinámica constitucional tuvo la mencionada moción de censura. Fue un evidente parteaguas en relación con la dinámica política tradicional. Pero, asimismo, tuvo consecuencias evidentes sobre el desempeño de importantes institutos constitucionales.

El funcionamiento de la Institución parlamentaria depende de múltiples factores. No corresponde a estas páginas realizar un siquiera breve análisis de las que confluyen en relación con las Cortes Generales. Pero el desenvolvimiento de esta Institución no es ajeno al análisis que se realiza en estas páginas y es preciso detenerse en el mismo. Corresponde realizar siquiera unas breves consideraciones generales. Necesariamente, las reflexiones que provoca el análisis del presente de la Institución se encuentran ligadas a la evolución política descrita, incluyendo la asunción de la teoría del parlamentarismo «negativo». Nada hay de extraño en ello. La evolución de un Parlamento abocado a la estabilidad producto de mayorías estables sino absolutas hacia un Parlamento fragmentado y fuertemente polarizado necesariamente ha tenido consecuencias sobre el desenvolvimiento de la Institución.

Se ha aludido a la polarización y es preciso detenerse en una voz que, no por casualidad, ha sido elegida por la Fundación Real Academia Española, palabra del año 2023[15]. Para explicar su relación con el actual ciclo político es preciso, una vez más regresar a la moción de censura de 2018, momento en el que se conformó el bloque hasta hoy mayoritario en torno a la mencionada premisa negativa: el no gobierno del PP. Desde la distancia del transcurso de ocho años, es preciso recordar dos datos relevantes: por aquél entonces Vox no poseía presencia parlamentaria (el acuerdo de gobierno expreso era con Ciudadanos y la mayoría se completaba con el apoyo del PNV que tan sólo unos días antes de la moción había votado a favor de los presupuestos presentados por el Gobierno de Mariano Rajoy); por otro lado, la construcción de la política sobre el rechazo al PP no era una novedad: el pacto del Tinell por el cual el nacionalismo catalán de izquierdas propició la llegada a la Presidencia de la Generalitat de Pasqual Maragall preveía en uno de sus anexos que las fuerzas firmantes se comprometían con rotundidad a no suscribir acuerdo alguno con el PP ni en el ámbito autonómico ni en

[15] https://elpais.com/cultura/2023-12-27/polarizacion-la-palabra-del-ano-segun-fundeurae.html.

el Estado[16]. El rechazo en 2016 del Secretario General del PSOE a posibilitar un Gobierno de Mariano Rajoy e impedir una tercera repetición electoral y que desembocó en una crisis de extraordinaria gravedad en el Partido puede entenderse como continuación del espíritu del Tinell como elocuentemente reflejaba su ya mencionado eslogán ¡No es no¡[17]. Dada la evolución posterior en la que la construcción de un «muro» contra la posibilidad de que la extrema derecha representada por Vox alcance el Gobierno de España se ha convertido en uno de los primeros argumentos para explicar la necesidad de construir cualquier alternativa, es necesario recordar que el origen de este parlamentarismo «negativo» se encuentra en un momento en el que no era imaginable que la mencionada formación política alcanzase relevancia institucional.

La evolución del sistema de partidos favoreció que la polarización descrita se acentuase[18]. En primer lugar, por el protagonismo político alcanzado en las elecciones de 2015 y 2016 por Podemos. En segundo lugar, por la emergencia y consolidación en las elecciones de 2019 de Vox, formación política situada en el otro extremo político. El protagonismo alcanzado por estas dos formaciones (en distintos momentos se acercaron a superar a PSOE y PP respectivamente), introducía un relevante factor de radicalización en el sistema. No sólo por sus propuestas. También por su influencia sobre PSOE y PP: el miedo a perder votos en beneficio de estas formaciones alejaba a unos y otros del centro. Junto a ello, el nuevo escenario mediático y el dominio de la opinión pública por las redes sociales ha acentuado el progresivo distanciamiento de la política española de cualquier espacio de moderación.

Como se indicó, para explicar el funcionamiento de las Cortes Generales en estos últimos años, se alude a dos características: fragmentación y polarización. Personalmente, entiendo como más relevante esta última y por ello me he extendido en explicar sus orígenes. Es más relevante porque conlleva la práctica desaparición de una de las notas definitorias de la cultura parlamentaria: la búsqueda del acuerdo. Cuando el Parlamento deja de ser lugar propicio para el encuentro y sólo lo es para el enfrentamiento; cuando sus actores niegan al otro de forma sistemática la posibilidad de aportar su parecer a una decisión que a la postre es común; cuando el adversario se convierte en enemigo,

[16] https://www.sarasqueta.com/tinell2.pdf. Literalmente, el anexo incorporaba el siguiente compromiso de las partes: «*Los partidos firmantes del presente acuerdo se comprometen a no establecer ningún acuerdo de gobernabilidad (acuerdo de investidura y acuerdo parlamentario estable) con el PP en el Govern de la Generalitat. Igualmente estas fuerzas se comprometen a impedir la presencia del PP en el gobierno del Estado, y renuncian a establecer pactos de gobierno y pactos parlamentarios estables en las cámaras estatales*».

[17] Los hechos posteriores son bien conocidos. Tras haber perdido la Secretaría General por la reprobación de los correspondientes órganos del partido, Pedro Sánchez regresaría a la misma después de ganar las elecciones primarias. De forma casi inmediata, se convertiría en Presidente del Gobierno por mor de su victoria en la moción de censura de 2018. El hilo conductor de esta trayectoria es una política de distancia sino enfrentamiento radical con el PP.

[18] Sobre la polarización y sus consecuencias, Barreda, M., «La polarización política en las democracias actuales: expresiones y consecuencias», *Cuadernos Manuel Giménez Abad 21,* 2021, pp. 190-202.

una parte muy significativa de su esencia se habrá diluido. No otra cosa sucede en las Cortes Generales. Schmitt resurge frente a Kelsen[19].

La fragmentación, por supuesto, también influye en el desenvolvimiento de la Institución. Pero en menor medida. En primer lugar, porque dificulta pero no impide la consecución de acuerdos. En segundo lugar, porque, de acuerdo con el resultado de las elecciones generales de 2023, es posible detectar una tendencia a su relativización. En todo caso, su consecuencia más relevante es su contribución a la ya descrita inestabilidad. Necesariamente, un mayor número de partidos implica una distribución de escaños que dificulta la consecución de una mayoría estable. Ello podría haber sido, al menos, parcialmente resuelto si existiese un mínimo de cultura de pacto transversal. Como se explicó, la realidad es la contraria. Si a ello se suma que los partidos que deben contribuir a conformar la mayoría de gobierno son reacios a acuerdos estables, se podrá comprender con facilidad la relación entre fragmentación e inestabilidad. Como se dijo, el PSOE ha conformado en las dos últimas Legislaturas una mayoría de investidura pero no de Legislatura. Cada iniciativa debe ser pactada con un elevado número de actores que tienen posiciones ideológicas contrarias. La consecuencia no es sólo la inestabilidad sino también la incertidumbre. En diversas ocasiones, en algunas de gran transcendencia política, se ha llegado al momento de la votación sin tener certeza sobre el resultado. La lógica consecuencia es que el Gobierno actúe en coherencia con esas condiciones. Así, tiene más incentivos para limitar la función de control o condicionar la función legislativa reduciendo el número de proyectos e incrementando significativamente el de Decretos-Leyes[20]. Más allá, incertidumbre e inestabilidad son dos notas que se alejan sustancialmente de la caracterización teórica del modelo de parlamentarismo racionalizado diseñado por el constituyente.

La inexistencia de una mayoría estable podía suponer un escenario más propicio para la oposición, en general, una mejora de la calidad democrática. No ha sido así. Lejos de favorecer el desenvolvimiento de la oposición, la dinámica parlamentaria ha fortalecido aún más a la mayoría de gobierno. Como se ha indicado, la propia debilidad de la posición gubernamental actúa como un mecanismo reactivo que impulsa al ejecutivo a incrementar el ya elevado nivel de protección que le otorgan los reglamentos y costumbres parlamentarias. En todo caso, en este punto es preciso realizar una aclaración que es también desmentido a una premisa que se acerca al lugar común: en el parlamentarismo racionalizado el Parlamento no es más fuerte porque la oposición tenga el poder de decidir; lo es porque es eficaz en su función de control e influencia

[19] De Miguel, J., y Tajadura Tejada, J., *Kelsen versus Schmiitt. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, 2022.

[20] La bibliografía sobre este tema es particularmente abundante: Aragón Reyes, M., *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016; Astarloa Huarte-Mendicoa, I., «El imperio del Decreto-Ley y el debilitamiento del Parlamento». En Cazorla Prieto, L. M. (dir.), *Últimas novedades normativas afectantes al sector eléctrico,* A. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 45-60.

sobre el procedimiento legislativo. La incapacidad para decidir de los grupos que apoyan al Gobierno es señal de enfermedad del modelo, no de fortaleza. Así, la evolución reciente del funcionamiento de las Cortes Generales refleja dos enfermedades: la incapacidad para garantizar la gobernabilidad y la desnaturalización de las Cámaras como órganos de control.

Inevitablemente, la garantía del rol de la oposición pasa por el actuar de los órganos de dirección. Es éste un tema relevante que no ha merecido toda la atención debida por la doctrina[21]. Más allá de su diseño formal, estudio de forma de elección y funciones, es preciso analizar su relación con principios esenciales como la autonomía parlamentaria y, en general, el desenvolvimiento de la Cámara. Si un rasgo caracteriza en este punto al Parlamento español es la parcialidad de esa dirección. Como en muchas otras cosas, al respecto no hay diferencias en función de los partidos políticos: la regla es designar Presidente de la Cámara en función de la confianza del líder del partido llamado a gobernar. Así, la palabra designar es correcta: si bien formalmente es el pleno de cada Cámara quien elige al Presidente y restantes miembros de la Mesa, materialmente lo hace el líder del partido político destinado a ostentar la Presidencia del Gobierno (con ostentación, sin siquiera guardar las mínimas formas debidas). Como he indicado, se trata de una constante que, con los lógicos matices, ha caracterizado el desenvolvimiento de las Cámaras. Los rasgos de un eventual agravamiento de esta tendencia en las últimas Legislaturas se deberían a la influencia que el clima general de enfrentamiento y radicalización tiene sobre la dinámica parlamentaria. En todo caso, la conclusión no es positiva: el quehacer de una Presidencia militante no garantiza con la eficacia necesaria los derechos de la oposición y, lo que es peor, contribuye gravemente a reducir el rol político que debe desempeñar la Institución[22].

5. A modo de reflexión final

La forma de gobierno parlamentaria se asienta en la premisa de la necesidad del acuerdo, incluso entre diferentes. Premisa que implica la necesidad de entender la política como diálogo y negociación. No en vano, el Parlamento se entiende desde una de sus principales proyecciones como el escenario que sirve para ese diálogo. La política democrática, en general, concilia mal con los muros. La forma de gobierno parlamentaria exige una visión muy restrictiva de la exclusión. La evolución en la última década

[21] Una muestra gráfica de la evolución de la caracterización del rol desempeñado por la Presidencia del Congreso se tiene comparando los discursos de los Presidentes en las sesiones de juramento de la Constitución por el entonces Príncipe Felipe y por la Princesa Leonor.

[22] Un ejemplo significativo de la inacción de los órganos rectores fue la no «discusión» de la prórroga de seis del último estado de alarma que limitaba muy severamente la intervención del Parlamento en un momento de extrema gravedad.

de la política española se caracteriza por lo contrario: su núcleo es la negación del acuerdo y la descalificación excluyente del oponente.

Se puede alegar que es sólo parcialmente cierto, que sólo afecta a la relación entre determinados partidos. Por el contrario, por vez primera se habrían formado Gobiernos de coalición y los acuerdos de investidura alcanzados sólo habrían sido posibles después de múltiples y complejas negociaciones. Un alegato indiscutible que responde de manera fidedigna a los hechos. Pero, también, un alegato que sirve para confirmar la tesis estructural que se defiende en estas páginas: la forma de gobierno parlamentaria que diseña la Constitución y a la que respondió de manera coherente la práctica hasta la moción de censura de 2017 ha evolucionado a un parlamentarismo de oposición y/o confrontación en el que lo que importa no es un acuerdo sobre un determinado programa de gobierno sino la coincidencia en la oposición a una determinada alternativa de Gobierno. Los dos Gobiernos de coalición formados en la XIV y XV Legislatura necesitaban de la suma de numerosas fuerzas minoritarias y heterogéneas ideológicamente para alcanzar las mayorías correspondientes en cada votación parlamentaria. En ninguno de los dos supuestos se garantizó esa mayoría en el momento de la investidura. En consecuencia, cada votación exige una ardua negociación. En muchos casos, la incertidumbre sobre el resultado se ha mantenido hasta la votación; en otros, directamente, se ha rehuido la votación, al tener conciencia de que no se alcanzaría la suma de votos necesaria. Y en otros, algunos relevantes, se ha perdido. Por encima de todo, domina la sensación de que no es posible garantizar la ejecución de programa de gobierno alguno.

La razón de la dificultad para lograr un acuerdo estable ayuda a entender la caracterización actual de la praxis de la forma de gobierno. La suma de las formaciones que en un momento determinado posibilitó la investidura se caracteriza por una gran heterogeneidad programática. Un rasgo que no sólo afecta a cuestiones ideológicas ligadas al eje izquierda/derecha sino que afecta a la relación con la estructura y fundamentos del sistema constitucional. El resultado final del «Gobierno por oposición» es un Gobierno en clara minoría y con graves dificultades para cumplir con las exigencias de la función ejecutiva. Sólo hay que recordar la relevancia de algunas votaciones que durante las Legislaturas mencionadas o bien ha perdido o bien ha rehuido. Una situación que ha llegado a provocar que no se presenten presupuestos, hurtando al Parlamento una de sus funciones esenciales. La ausencia de una mayoría que garantice la estabilidad no es sólo una distorsión de la forma de gobierno parlamentaria. Afecta al funcionamiento mismo del Estado al dificultar o imposibilitar la materialización de las políticas exigidas en cada momento. Es preciso corregir esta anomalía y apelar a la necesidad de acuerdos que garanticen con suficiencia un parlamentarismo constructivo y no meramente de «oposición».

CAPÍTULO 11

PROBLEMAS DERIVADOS DE LA AUSENCIA DE UN CANON QUE PERMITA DISTINGUIR, *PRIMA FACIE*, LAS FACULTADES PARLAMENTARIAS QUE PERTENECEN AL NÚCLEO DE LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA

Mª del Camino Vidal Fueyo
(Universidad de Burgos)
Profesora Titular de Derecho Constitucional

1. Introducción[1]

Como es sabido, a finales del año 1988 el Tribunal Constitucional español dictó la primera Sentencia en la que vincula la vulneración del ejercicio de una facultad parlamentaria con la violación del derecho fundamental garantizado en el artículo 23.2 CE, configurando, vía jurisprudencial, un derecho fundamental «al ejercicio del cargo representativo en condiciones de igualdad y sin perturbaciones ilegítimas». Se trata de la STC 161/1988, de 20 de septiembre, mediante la que se estima un recurso de amparo parlamentario, *ex* artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al entender el Tribunal que la negativa de la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha a tramitar la solicitud de información requerida por los diputados recurrentes, relativa a asuntos vinculados a la gestión de la Administración autonómica, vulneró el derecho a ejercer, sin trabas ilegítima, «las funciones que el Reglamento de la Cámara les atribuye y, en su consecuencia, el derecho fundamental que se deriva de artículo 23.2 de la Constitución» (FJ 9).

A partir de este primer pronunciamiento, se abre una línea jurisprudencial, no exenta de problemas, que se mantiene hasta nuestros días y que rompe radicalmente con la tendencia a la inadmisión de los recursos de amparo parlamentario que caracterizó la actividad del Tribunal hasta el año 1988. Así, con anterioridad a la citada sentencia, se

[1] Con esta modesta contribución pretendo rendir homenaje a la profesora Paloma Biglino, dejando constancia de que su contribución al estudio del estatuto de los parlamentarios en el año 1993 sigue plenamente vigente, como lo está el resto de su prolífica obra. Es un honor para mí participar en esta obra colectiva y poder así manifestar mi agradecimiento y admiración hacia la profesora Biglino, quien me trasladó la pasión por el Derecho Constitucional cuando yo era una ignorante alumna de segundo de Derecho y a la que siempre he tenido a mi lado, tanto en mi trayectoria académica, como profesional.

inadmitieron a trámite recursos de amparo en los que se solicitaba la protección, entre otras: de la facultad parlamentaria consistente en defender ante el Pleno del Senado las enmiendas presentadas a un proyecto de ley orgánica (ATC 183/1984); de la facultad para recibir la documentación pertinente con la finalidad de presentar enmiendas individuales (ATC 12/1986); o de la facultad de que se admitieran a trámite las propuestas de resolución, subsiguientes al debate sobre orientación política general del Consejo de Gobierno, en este caso en la Cámara legislativa asturiana (ATC 706/86). Supuestos de inadmisión que, tras la doctrina sentada en la STC 161/1988 y a la luz de la jurisprudencia posterior, se habrían admitido a trámite, con independencia del sentido final del fallo.

Entre las voces críticas que cuestionaron, desde su inicio, la prolífica jurisprudencia que se inicia con esta Sentencia, destaca la de la profesora Biglino Campos, quien, en un artículo publicado en el año 1993, realiza un análisis jurídico que, hoy, transcurridos más de treinta años, sigue de plena actualidad[2], y en el que cuestiona, entre otros extremos, la idea de representación política que se desprende de esta doctrina. Así, según el Tribunal, la representación política se configura en torno a la relación que se constituye entre representantes y representados y que conduce a un vínculo inescindible entre los dos apartados del artículo 23 CE, lo que, según Biglino, desemboca en una doctrina en la que «las reglas esenciales del principio democrático se construyen como derechos subjetivos»[3], provocando una ruptura con la concepción clásica de la idea de representación, según la cual ésta recae en un órgano colegiado que la ejercita en nombre de toda la Nación.

Desde este análisis, la citada autora afirma, con rotundidad, que la construcción de las facultades de los parlamentarios como derechos fundamentales carece de fundamento, toda vez que: «Al no existir una vinculación directa entre representante y representado, los cargos públicos no pueden invocar a su favor el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos»[4] recogido en el artículo 23.1 CE, pero, además, añade, las facultades parlamentarias no gozan de las características propias de los derechos fundamentales, porque no estamos ante derechos subjetivos que «se ejerciten en beneficio propio, sino que, por definición, se instituyen para la defensa de intereses ajenos»[5], por lo que estaríamos ante meras normas procedimentales creadas en interés de la Cámara o buscando un interés colectivo. Por ello, según la profesora Biglino, lo más adecuado sería hablar de facultades o atribuciones, entendidas como «aquellos po-

[2] Biglino Campos, Paloma, Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?, R*evista de las Cortes Generales,* 30, 1993.

[3] *Ibidem*, p. 73.

[4] *Ibidem*, p. 88.

[5] *Ibidem*, p. 90.

deres jurídicos que el ordenamiento atribuye a los distintos órganos, partes de órganos y cargos de una organización para el ejercicio de las tareas que deben cumplir»[6].

A las críticas anteriores se añadirían, según la autora citada, tanto las dificultades para determinar el contenido del derecho fundamental que se crea en torno a las facultades parlamentarias, como los problemas para fijar la titularidad del mismo, dada la conexión existente entre los dos apartados del artículo 23 CE, pues «los que han accedido a los cargos públicos parecen ser meros instrumentos de los que ostentan el derecho de participación política, es decir, de los ciudadanos»[7]. Todo ello desemboca, vaticinaba Biglino en el año 1993, en que todas las facultades de los parlamentarios pueden considerarse conectadas con el núcleo esencial de la función representativa, porque, siempre bajo ese punto de vista, cualquier actuación del representante en ejercicio de la función parlamentaria se efectúa para cumplir el mandato que ha recibido de su propio electorado, siendo «difícil imaginar una sola facultad reconocida a los parlamentarios que no esté relacionada con dichas funciones»[8].

Pues bien, en el año 2024, fecha en la que se escriben estas líneas[9], no encontramos en la jurisdicción del Tribunal Constitucional una respuesta clara a las cuestiones anteriormente planteadas, particularmente en lo que se refiere al establecimiento de un canon que ayude a perfilar el contenido del derecho fundamental al ejercicio del cargo representativo en condiciones de igualdad y sin perturbaciones ilegítimas, que sirva de parámetro para distinguir, *prima facie,* cuándo una facultad parlamentaria forma parte de *ius in officium* protegido por el recurso de amparo.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha optado, a lo largo de las últimas décadas, por añadir, de manera acumulativa, facultades parlamentarias al «cajón de sastre» que ha venido calificando como «núcleo esencial de la función representativa» protegida por el artículo 23.2 CE, en conexión con el artículo 23.1 CE, pero sin construir una doctrina general que permita inferir qué concretas facultades gozan de esta especial protección y, correlativamente, que ayude a «reconocer o anticipar cuáles son los límites del control constitucional»[10] respecto de las disposiciones y actos parlamentarios sin valor de ley. En este sentido, no parece que haya resultado suficiente, como

[6] *Ibidem*, p. 92.

[7] *Ibidem*, p. 81.

[8] *Ibidem*, p. 78.

[9] Se ponen ahora por escrito las reflexiones expuestas en septiembre del año 2021, en el Seminario Permanente de Derecho Constitucional dirigido por el profesor Manuel Aragón, que se viene organizando desde hace décadas con una periodicidad mensual y que cuenta con la participación de profesores de Derecho Constitucional de diversas universidades.

[10] Lo que también anticipaba Jiménez Campo, Javier, «Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios». AA.VV., *Parlamento y Justicia Constitucional*, Aranzadi, Barcelona, 1997. Asimismo, en la década de los 90 otros autores reflexionaban sobre estas cuestiones, como Caamaño Domínguez, Francisco, «Mandato Parlamentario y Derechos Fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 36, 1992., y Duque Villanueva, Juan Carlos, «El recurso de amparo contra actos parlamentarios: la vía del amparo del artículo 42 de la LOTC», *Revista de las Cortes Generales*, 42, 1997.

criterio delimitador, reconducir «al núcleo de la función representativa» aquellas facultades que tienen una relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas o con el ejercicio del control de la acción del Gobierno[11], pues la amplitud de tales parámetros no hace más que alimentar la vis expansiva del artículo 23.2 CE, a lo que se añade que tal criterio es solamente orientativo, pues el Tribunal no excluye la protección a través del amparo de otras facultades parlamentarias[12].

De forma más concreta y sin ánimo exhaustivo, además de todas las facultades que pueden vincularse a la función legislativa y a la de impulso y control del Gobierno, el Tribunal ha «constitucionalizado», al otorgarles la protección del artículo 23 CE, las siguientes facultades parlamentarias: la propuesta de constitución de comisiones de investigación, la participación en sus trabajos y la no paralización de su actividad (SSTC 39/2008; 226 y 227/2004; 88/2012 y 12/2019); la representación proporcional en la composición de los órganos internos de la Cámara (SSTC 36/1990, 214/1990, 4/1992 y 93/1998); las subvenciones y aportaciones económicas a los grupos parlamentarios (SSTC 214/1990 y 15/1992); la dotación de medios económicos y personales a los diputados y grupos parlamentarios (STC 141/2007 y ATC 200/2004); la solicitud de sesión extraordinaria (STC 81/1991); el tiempo de intervención en los debates parlamentarios (STC 141/2007); la presentación en el Pleno de la Cámara de la propuesta de interposición de un recurso de inconstitucionalidad (STC 81/1991); la participación como elector y elegible en la designación de Senadores en representación de la Comunidad Autónoma (SSTC 76/1989 y 149/1990); el ejercicio del cargo con los requisitos que señalen las leyes vigentes en el comienzo de la legislatura (STC 141/2007); y, en fin, entre otras muchas, la observancia de los procedimientos de revisión de las decisiones de los órganos internos de las Cámaras (SSTC 107, 108 y 109/2016)[13].

[11] Criterios a los que se refiere el Tribunal en su primera jurisprudencia (SSTC 220/1991 y 38/1991) y que se mantiene hasta nuestros días (SSTC 159/2019, FFJJ 4 y 5; 137/2021, FJ 4; 35/2022, FJ 2, o 38/2022, FJ 4, entre otras muchas).

[12] El Tribunal Constitucional reitera que: «el derecho de los representantes, y en particular su *ius in officium*, solo podrá considerarse violado si las aducidas contravenciones de las normas internas de las asambleas afectan al núcleo de los derechos y facultades de los representantes o, en otros términos, a su estatuto constitucionalmente relevante, como son, *principalmente*, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del Gobierno» (STC 65/2023, de 6 de junio, FJ 3), las cursivas son nuestras.

[13] Puede consultarse al respecto: *Memento práctico sobre el recurso de amparo (2020-2021)*. AA.VV. (Aragón Reyes, M., dir.), Editorial Lefebvre, Madrid, 2021, pp. 383 y ss.

2. Problemas derivados de la ausencia de criterios objetivos que permitan distinguir, *prima facie*, las facultades parlamentarias que pertenecen al núcleo de la función representativa

Las sentencias anteriormente citadas ponen de relieve que la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha caracterizado por una permanente ampliación del control jurisdiccional de los actos parlamentarios y un correlativo aumento de las facultades parlamentarias protegidas por el artículo 23.2 CE, obviando, en muchos casos, su propia doctrina, según la cual no es suficiente con una perturbación o un impedimento ilegítimo del ejercicio de derechos y facultades parlamentarias, sino que se requiere que se trate de una imposibilidad absoluta del ejercicio del derecho o de la facultad concernida en cada caso, es decir, que se vacíe de contenido el ejercicio de la función representativa o que se imponga una limitación o restricción desproporcionada (STC 27/2000; AATC 215/2000, 35/2002, 142/2002, 200/2004 y 342/2006).

Ahora bien, lo que podría considerarse una jurisprudencia garantista, protectora de las facultades parlamentarias de las minorías y, por ello, merecedora de elogio, es, sin embargo, susceptible de críticas por muy diversas razones.

En primer lugar, porque la mayor parte de las sentencias que estiman recursos de amparo parlamentario son declarativas: bien porque cuando se dictan la legislatura ha concluido; bien porque la naturaleza de la facultad parlamentaria protegida solo permite una restitución eficaz cuando el acto o la decisión impugnadas se anulan de manera inmediata; bien porque, aún pudiendo derivarse consecuencias positivas para los recurrentes de la anulación tardía del acuerdo impugnado, el Tribunal decide modular el alcance de su fallo estimatorio, por «razones de seguridad jurídica»[14].

En segundo lugar, porque como venimos señalando, sin que ello sea una primicia, el Tribunal ha retroalimentado la vis expansiva del artículo 23.2 CE, dictando una jurisprudencia, *ad casum*, sin una previa elaboración doctrinal cerrada del estatuto jurídico-constitucional del parlamentario, por lo que las facultades vinculadas al núcleo de la función representativa se van incrementando, no en atención a un criterio material reconocible, sino porque, *manu militari*, así lo determina el Tribunal Constitucional en atención a su interpretación de los reglamentos parlamentarios.

La falta de unos parámetros constitucionales que delimiten el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al ejercicio del cargo representativo, la ausencia de criterios objetivos que permitan distinguir, *prima facie,* las facultades parlamentarias que pertenecen al núcleo de la función representativa, conducen a la presunción de que todos los actos y acuerdos impugnados *ex* artículo 42 LOTC podrían estar

[14] Así ocurre en la reciente STC 86/2024, mediante la que la anula la decisión de la Mesa del Parlamento de Cataluña respecto de la habilitación del voto telemático, pero, se acepta la habilitación del procedimiento de votación telemático del diputado don Lluís Puig i Gordi hasta el final del periodo de sesiones.

vulnerando una facultad vinculada al *ius in officium* de los parlamentarios, lo que tiene una primera e importante consecuencia, y es que el Tribunal Constitucional ha optado por la admisión a trámite de la mayoría de los recursos de amparo parlamentario que llegan a su sede, incluso en aquellos casos en que, como se verá, de un examen preliminar de la demanda se desprende con claridad la inexistencia de lesión. Esto ha convertido al Tribunal, *de facto*, en una instancia revisora de todos los acuerdos de la Mesa y del resto de órganos de las Cámaras, lo que sirve de estímulo para quienes pretenden judicializar problemas políticos, y fomenta la presentación de recursos de amparo parlamentario, pues, con independencia del fallo, su admisión a trámite constituye un triunfo político y un titular en los medios de comunicación.

La admisión a trámite se ve fortalecida por la interpretación del requisito de la especial trascendencia constitucional que hace el Tribunal cuando se trata de recursos de amparo parlamentario. Así, esta exigencia de naturaleza material o sustantiva que compete apreciar al Tribunal Constitucional en el momento de la admisión a trámite de todo recurso de amparo [art. 50.1.b) LOTC], cuenta con una jurisprudencia constitucional tendente a apreciar su cumplimiento en el caso de los recursos de amparo parlamentario, evitando un estudio *a limine* tan riguroso como el que realiza en el caso de los recursos de amparo de las modalidades previstas en los artículos 43 y 44 LOTC[15].

En tercer lugar, la hiperactividad del Tribunal Constitucional en esta materia desnaturaliza el recurso de amparo cuando el Tribunal antepone su voluntad de que los reglamentos parlamentarios se interpreten y se aplique correctamente, al cumplimiento de determinados requisitos de admisibilidad. Así ocurre cuando el Tribunal analiza en sentencia acuerdos parlamentarios que, si bien no han impedido a los demandantes en amparo el pleno ejercicio de sus facultades parlamentarias, acuden al Tribunal Constitucional porque entienden, en muchos casos acertadamente, que un órgano parlamentario ha incumplido el Reglamento.

Al desarrollo de estas cuestiones se dedicarán lo siguientes epígrafes.

3. Algunos ejemplos significativos

En la STC 137/2021 el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo interpuesto contra un acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados que denegó el uso de una sala para la celebración de un encuentro informal entre un grupo de parla-

[15] El artículo 43 LOTC regula el cauce procedimental de las demandas de amparo frente a vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas originadas por disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las administraciones públicas o de sus autoridades o funcionarios. El artículo 44 LOTC establece la vía para interponer recurso de amparo frente a vulneraciones de los referidos derechos fundamentales y libertades públicas, que tuvieran su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos jurisdiccionales.

mentarios y terceras personas[16]. Resulta relevante señalar que la solicitud estaba incluida en el apartado de asuntos administrativos del orden del día de la Mesa, y no en el apartado de asuntos parlamentarios.

Tras una lectura de los antecedentes, todo parece indicar que la queja carece de contenido constitucional, pues el Reglamento de la Cámara no reconoce el derecho a disponer de una sala para la celebración de reuniones que, como es el caso, no están vinculadas al ejercicio de una facultad parlamentaria, a lo que se une los términos del artículo 67.3 CE, que dispone: «Las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios». Por todo ello, a mi juicio, tan inverosímil resulta la vulneración de un derecho fundamental, como sorprendente que el Tribunal, en el año 2021, acuerde admitir a trámite esta demanda de amparo, apreciando que concurre una especial trascendencia constitucional porque «el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal», tal y como se refleja en los antecedentes.

La admisión a trámite contrasta con el elevado número de providencias de inadmisión que dicta el Tribunal por «inexistencia de lesión», cuando examina recursos de amparo interpuestos a través de la vía prevista en los artículos 43 y 44 LOTC, lo que convierte al Tribunal, como se adelantaba, en una instancia revisora de todos los acuerdo de la Mesa, incluso, como es el caso, de aquellos de naturaleza administrativa que afectan exclusivamente a cuestiones de orden interno y que carece de relevancia constitucional.

Otro ejemplo de los efectos de la carencia de una doctrina constitucional que ayude a concretar los límites del control jurisdiccional, lo encontramos en aquellos pronunciamientos en los que el Tribunal dicta una sentencia cuyo fallo no es el de denegación u otorgamiento del amparo (art. 53 LOTC), sino el de «inadmisión del recurso». Resulta significativa la STC 82/2023, en la que el Tribunal inadmite en sentencia un recurso de amparo parlamentario, cuando del examen preliminar de la demanda solo cabe la inadmisión *a limine* mediante providencia, toda vez que, a todas luces, el acto impugnado no es de naturaleza parlamentaria, sino administrativa y, por tanto, solo cabe utilizar el procedimiento previsto en el artículo 43 LOTC, una vez agotada la vía contencioso-administrativa. Se trata de un caso en el que se impugna ante el Tribunal Constitucional un acuerdo de la Secretaria General del Parlamento de Cataluña, mediante el que se da cuenta de la necesidad de atender el requerimiento de la Junta Electoral Central, según el cual el diputado recurrente en amparo incurría en una causa de

[16] El recurso se interpuso por el portavoz del grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados, que había solicitado la sala para reunirse con algunos participantes de la 43ª Conferencia Europea de Solidaridad y Apoyo al Pueblo Saharaui, que tuvo lugar en Madrid los días 16 y 17 de noviembre de 2018.

inelegibilidad. No se recurre, por tanto, un acto de naturaleza parlamentaria, sino un acto de ejecución de una resolución administrativa emitida por la Junta Electoral Central. De hecho, y como consta en los antecedentes, el diputado ya tenía abierta y pendiente de resolución la vía contencioso-administrativa frente al citado acuerdo de la Junta Electoral. Con estos datos, no parece discutible que no cabe recurso de amparo directo ante el Tribunal Constitucional, sino, en su caso, el previsto en el artículo 43 LOTC, una vez obtenida sentencia firme en la jurisdicción ordinaria.

También parece que no hay razones para admitir a trámite un recurso de amparo cuando los recurrentes se limitan a impugnar el cambio de fecha de una sesión ordinaria, en este caso del Pleno del Parlamento de Cataluña, sin indicar en su demanda qué facultades parlamentarias concretas se vieron vulneradas. Ni resulta razonable impugnar ante Tribunal Constitucional el orden del día de una sesión plenaria aduciendo que cuenta con un solo punto a tratar, cuando los recurrentes no propusieron la inclusión de ningún otro punto. Sin embargo, ambas quejas fueron admitidas a trámite y resueltas mediante sentencia desestimatoria (STC 173/2020), en la que se explican cuestiones tan obvias como que «la decisión de la mesa afecta exclusivamente a una cuestión meramente organizativa, relativa al calendario y a la organización del trabajo parlamentario» (FJ 3), e insistiendo en que ninguna facultad parlamentaria concreta ha sido invocada por los recurrentes. Cuesta entender este tipo de admisiones a trámite, cuando la tónica general respecto de los recursos de amparo «no parlamentarios» es la inadmisión, derivada de un riguroso examen preliminar de las demandas, como se desprenden de las memorias anuales publicadas por el Tribunal Constitucional[17].

No es menos llamativa la STC 110/2019, de 2 de octubre, abocada al Pleno, que desestima una pretensión similar a otras que ya habían sido analizadas por el Tribunal en numerosas sentencias desestimatorias por inexistencia de vulneración del derecho. Así, explica una vez más el Tribunal, aplicando una doctrina consolidada, que no forma parte del *ius in officium* de los representantes el «derecho a elegir un tipo de procedimiento específico», pues es la Mesa, como órgano Rector, el único órgano encargado de proponer al Pleno la tramitación por el procedimiento de lectura única, lo que, por otra parte, se desprende literalmente del artículo 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados [SSTC 129/2013, de 4 de junio, FJ 10; 153/2016, de 22 de septiembre, FJ 3.c); 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 5.c); 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5.c), y 96/2019, de 15 de julio, FJ 3, *in fine*, entre otras]». En este caso, la admisión a trámite del recurso parece innecesaria al poder constarse en el examen de admisión estos extremos. So pena, y esto es lo que resulta relevante, que el Tribunal se arrogue la facultad de determinar el margen de decisión que tiene la Mesa del Congreso de los Diputados para proponer al Pleno la tramitación o no de una iniciativa legislativa en lectura única,

[17] https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx

lo que, a mi juicio, no le compete y nos reconduce a los inexistentes límites del control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley.

Encontramos otros ejemplos en aquellos casos en que, como pone de relieve Ortega Santiago, los grupos parlamentarios o sus representantes se sirven de las facultades que les reconoce el Reglamento para ejercer un control e impulso de la acción del gobierno que no les corresponde, siendo un ejemplo significativo cuando se pretende que miembros del Gobierno de la Nación comparezcan en una comisión de investigación de una Asamblea Legislativa autonómica, lo que no ha impedido al Tribunal Constitucional, como critica el autor citado, admitirlas a trámite y disponer su viabilidad procedimental, tal y como se refleja en las SSTC 78/2006 y 29/2011[18].

En la línea de los ejemplos anteriores, también se entiende que es la ausencia de parámetros constitucionales que permitan anticipar los límites del control constitucional en los recursos de amparo parlamentario, lo que lleva al Tribunal a admitir a trámite un recurso en el que se impugnan sendas decisiones de la Presidenta del Congreso, consistentes, la primera, en el requerimiento a la diputada recurrente para que retirara la expresión «hijo de un terrorista», dirigida al entonces Vicepresidente segundo del Gobierno; y, la segunda, en la indicación de que tal expresión no constara en el Diario de Sesiones, medidas que no tuvieron carácter sancionador.

El Tribuna expone en esta sentencia que la estimación de cuándo unas palabras pronunciadas en el debate, o con ocasión del mismo, ofenden al decoro «es asunto de valoración, no de hermenéutica de enunciados» y para ello cuenta la Presidencia «con una prerrogativa de apreciación cuyo inexcusable reconocimiento estrecha aún más, en deferencia a la autonomía parlamentaria, los límites dentro de los que pueda ejercerse el enjuiciamiento constitucional» (STC 25/2023, de 17 abril, FJ 3), lo que conduce a denegar el amparo solicitado. De nuevo surge la pregunta obligada: por qué el Tribunal, en el año 2023, no puede concluir, en el momento del examen de admisión a trámite de la demanda, si acaso mediante Auto, que estamos ante el ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria conferida a la Presidencia y que, en consecuencia, nada tiene que decir al respecto el Tribunal Constitucional. Y ello, porque, fueran o no posibles otras opciones igualmente aceptables y menos gravosas para la demandante, no es algo que corresponda enjuiciar al Tribunal Constitucional, como se concluye en la Sentencia, pues, caso contrario, conduciría a un improcedente análisis, en términos de razonabilidad, de la libre apreciación de la Presidenta del Congreso.

Entonces, ¿por qué admitir a trámite un recurso que está, *a priori*, abocado a la desestimación? Pregunta que se hace inevitable si tenemos en cuenta que esto no ocurre

[18] ORTEGA SANTIAGO, Carlos, «Actualización de los instrumentos de control del parlamento (O de cómo el control parlamentario se adapta a los tiempos y a las circunstancias)». VV.AA., *Parlamento y Parlamentarismo. Origen y retos. XV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 294.

cuando se trata de recursos de amparo que se interponen utilizando la vía prevista en el artículo 44 LOTC y en los que se invoca, por ejemplo, la vulneración de la tutela judicial efectiva por una incorrecta interpretación de la norma por parte del juzgador, al aplicar el Tribunal su antigua doctrina según la cual no puede concebirse el recurso de amparo como un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento jurídico al caso, so pena de desvirtuar su naturaleza (STC 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3).

Los mismos argumentos tendríamos que trasladar al caso resuelto por la STC 30/2024, en la que el Tribunal admite a trámite, para desestimar en sentencia, un recurso respecto del que solo cabe analizar la razonabilidad de una decisión de la Mesa de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, que es potestativa y discrecional, tal y como se desprende del artículo 44 del Reglamento del Congreso de los Diputados en relación con la solicitud de comparecencias y de documentación.

La hiperactividad del Tribunal Constitucional solo puede conducir a desnaturalizar el recurso de amparo, lo que se hace especialmente palpable cuando nuestro intérprete supremo hace prevalecer su voluntad de que el Reglamento se interprete y se aplique correctamente, a pesar de que dicha irregularidad no haya afectado al ejercicio de ninguna facultad parlamentaria de los recurrentes. Así ocurre en la STC 65/2022 respecto de la delegación del voto sin causa justificada; en la STC 24/2022 en relación con la admisión de una iniciativa que incumple el deber de acatar las resoluciones del Tribunal Constitucional; o en la STC 94/2022, en cuanto a no tenerse por suspendido el mandato de diputados investigados penalmente y en situación de prisión provisional[19].

4. La especial trascendencia constitucional en los recursos de amparo parlamentario

Han pasado diecisiete años desde que tuvo lugar la modificación del régimen jurídico del trámite de admisión del recurso de amparo operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y que exige el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» para la admisión del recurso [art. 50.1.b) LOTC], siendo al Tribunal Constitucional a quien corresponde apreciar, en cada caso, el cumplimiento de tal exigencia y, al recurrente, su justificación en la demanda (art. 49.1 *in fine* LOTC).

A lo largo de casi dos décadas, la necesidad de cumplir con este requisito material ha conducido al Tribunal Constitucional a inadmitir a trámite un alto porcentaje de

[19] Ortega Santiago, Carlos, «Las funciones de la Mesa del Parlamento y su control jurisdiccional por el Tribunal Constitucional». VV.AA., *Última jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia parlamentaria*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2024, p. 197.

recursos de amparo, pues: «la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso» (STC 155/2009, FJ 2), sino que la admisión y tutela sólo procederá si a esa lesión se une el indispensable requisito objetivo de que el problema planteado en el recurso posea especial trascendencia constitucional, en términos objetivos, esto es, según lo dispuesto en el artículo 50.1.b) LOTC, que quede patente «su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales», lo que le ha llevado a realizar un esfuerzo de concreción en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, donde se identifican, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos como propiciadores de la apreciación de este requisito de admisibilidad.

Pero todo cambia cuando se trata de la admisión a trámite de los recursos de amparo parlamentario. En estos casos, el Tribunal ha venido sosteniendo que estos recursos tienen una particularidad que viene determinada por la ausencia de una vía jurisdiccional previa para proteger y reparar los derechos vulnerados y que se retrotrae, en origen, a la doctrina de los *interna corporis acta* «circunstancia que ha de conjugarse con el ejercicio del *ius in officium* por parte de los representantes políticos sin perturbaciones ilegítimas (art. 23.2 CE), y, en última instancia, con el derecho de los propios ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante sus representantes (art. 23.1 CE)» (STC 46/2018, de 26 de abril, FJ 3, entre otras muchas), lo que sitúa a los amparos parlamentarios, según esta jurisprudencia, en una posición especial a la hora de determinar su dimensión objetiva y valorar la especial trascendencia constitucional por parte del Tribunal.

Dicho de otro modo, si la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, buscaba eliminar la dimensión subjetiva del recurso de amparo para dotarlo, exclusivamente, de un significado objetivo, el Tribunal Constitucional ha venido otorgando a los recursos de amparo parlamentario una dimensión objetiva *per se*. No obstante lo anterior, encontramos un intento fallido dirigido a romper con esta jurisprudencia en el ATC 47/2018, de 25 de abril, dictado por la Sección Primera, en el que se explica que el recurso de amparo parlamentario inadmitido a trámite carece de especial trascendencia constitucional, pues el Tribunal ya se pronunciado en anteriores sentencias sobre todas las cuestiones jurídicas relevantes planteadas en la demanda, por lo que, como ocurre en otros muchos recursos de amparo de los artículos 43 y 44 LOTC, que no son admitidos a trámite, el caso planteado no permite al Tribunal profundizar, aclarar o complementar su doctrina sobre la cuestión objetiva sometida a su valoración, consistente en la capacidad de control de los órganos rectores de las Cámaras parlamentarias, si no, simplemente, hacer aplicación concreta de la doctrina reiterada y constante ya dictada por el Tribunal, lo que justifica la inadmisión. Pero lo cierto es que, hasta la fecha, la doctrina fijada en este Auto no ha calado en la jurisprudencia posterior del Tribunal.

Por el contrario, de la jurisprudencia constitucional se desprende que basta con que el recurrente afirme, en términos generales, que no existe una vía jurisdiccional previa para la defensa de los derechos fundamentales invocados, o que se refiera a una «genérica repercusión general del ejercicio de la función representativa», o que invoque «unas consecuencias políticas generales», para que se considere cumplida la carga que recae sobre la parte demandante de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso y, correlativamente, para que el Tribunal aprecie que el caso cuenta con la especial trascendencia constitucional que le hace merecedor de su admisión a trámite.

Por otro lado, si bien es cierto que se pueden localizar algunas sentencias que resuelven recursos de amparo parlamentario admitidos a trámite con apoyo en otros de los supuestos generales de especial trascendencia constitucional previstos en la STC 155/2009, FJ 2, tales como que las vulneraciones denunciadas podían constituir un proceder continuado del Órgano Rector de la Asamblea de Madrid (SSTC 200/2014, 202/2014 y 1/2015), o en atención al carácter novedoso de la cuestión planteada, que exigía un pronunciamiento constitucional al no existir doctrina sobre la materia (SSTC 143/2016, 32/2017, 71/2017, 10/2018 y 27/2018); o porque el asunto suscitado trascendía el caso concreto al dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina (SSTC 212/2016, 11/2017 y 68/2020), lo cierto es que, a falta de otra causa de especial trascendencia constitucional, todo recurso de amparo parlamentario puede encontrar acomodo en el apartado g) del fundamento jurídico segundo de la STC 155/2009, según el cual se cumpliría este requisito de admisibilidad «cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».

Por tanto, cuando se trata de recursos de amparo parlamentario la admisión a trámite es la regla, y ello a pesar de que ya exista abundante doctrina en relación con la cuestión que se plantee en la demanda; o no concurran razones para perfilar, aclarar o modificar dicha doctrina; o aunque no estemos ante un reiterado incumplimiento de la doctrina del tribunal Constitucional; o, como hemos visto, aunque resulte evidente la inexistencia de lesión. Si a esto le unimos la ausencia de una doctrina constitucional que aporte un criterio delimitador de las facultades parlamentarias protegidas por el artículo 23.2 CE, nos encontramos con la sistemática admisión a trámite de prácticamente todos los recursos de amparo parlamentario, aunque estén abocados a la desestimación con la sola lectura de la demanda.

Por todo ello, tal vez ha llegado el momento en que el Tribunal Constitucional se replantee su jurisprudencia sobre la valoración del requisito de la especial trascendencia constitucional en los recursos de amparo parlamentario, asumiendo la doctrina del ATC

47/2018, pues si bien es cierto que no existe una protección jurisdiccional previa para la defensa de las facultades parlamentarias, ello no se debe a un imperdonable olvido del legislador, sino a la necesidad, como el propio Tribunal Constitucional ha constatado, de preservar inmunes determinados ámbitos de la actividad parlamentaria, salvo que estemos ante una lesión de los derechos y libertades a los que hace referencia el artículo 53.1 CE (ATC 292/1987) o, dicho de otra manera, no es posible instar, a través de la modalidad de recurso de amparo contemplada en el artículo 42 de la LOTC, un control jurisdiccional de la conformidad con la Constitución o con el Reglamento de la Cámara, salvo que se vea comprometido un derecho fundamental (STC 118/1988).

Pero los cierto es que la defensa a través del recurso de amparo de los derechos fundamentales, de todos, ha cambiado tras la reforma del año 2007. La objetivación del recurso de amparo, sin perjuicio de las críticas que puedan hacerse a esta decisión del legislador, ya no busca la reparación subjetiva, se entiende que, ni de los ciudadanos, ni de los parlamentarios (por más que en la defensa de estos últimos también se incluya a los ciudadanos), sino que, tal y como se desprende del artículo 50.1.b) LOTC, todo recurso de amparo, sin excepción, se admitirá a trámite solo si cumple con el requisito de la especial trascendencia constitucional «la cual se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» y, por tanto, no en atención a la reparación de un derecho subjetivo del recurrente. Una vez más, no es la Ley Orgánica, sino la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la que ha decidido que los recursos de amparo parlamentario gocen de una presunción de especial trascendencia constitucional.

5. Otros procedimientos constitucionales, distintos al recurso de amparo, mediante los que se protegen facultades parlamentarias

No parece correcto afirmar que el recurso de amparo parlamentario es el único procedimiento para proteger facultades parlamentarias, la profesora Biglino, en el artículo que venimos citando[20], pone de relieve que, teniendo presente el modelo alemán, el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales constituye una vía apropiada para la protección de algunas de estas facultades. El tiempo le ha dado la razón, pues, aunque no son muchos los conflictos de atribuciones que ha tenido que resolver nuestro Tribunal Constitucional en los últimos años, en los supuestos en que ha tenido que hacerlo no solo determinó a qué órgano correspondían las atribuciones constitucionales controvertidas, sino que también protegió el libre ejercicio de determinadas facultades parlamentarias.

[20] *Ibidem*, p. 97.

Así, la STC 124/2018, de 14 de noviembre, resuelve un conflicto de atribuciones que se plantea entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno de la Nación, en relación con la posibilidad de someter al Gobierno en funciones a iniciativas de control, resolviendo el Tribunal a favor de la Cámara: «al entender que en la medida en que el Gobierno sigue desarrollando actividad, esta no puede quedar exenta del control de las Cortes Generales conforme a los artículos 1 y 66 CE, sin perjuicio de que la función de control habrá de adecuarse a la propia situación del Gobierno en funciones» (FJ 9). Como se desprende del fallo y de la argumentación vertida en esta Sentencia, el Tribunal está dictando jurisprudencia que garantiza el ejercicio de las facultades parlamentarias dirigidas al control de ejecutivo, sin perjuicio de que se trata de una sentencia declarativa, pues se dicta cuando ya ha sido investido un nuevo Presidente del Gobierno, pero también es la tónica general en el caso de los recursos de amparo parlamentario. Lo mismo se puede decir de los conflictos de atribuciones que se resuelven en las SSTC 34 y 44/2018, y que enfrentan al Gobierno de la Nación con el Congreso de los Diputados, al rechazar la Mesa, en ambos casos, la disconformidad que había expresado el Gobierno, en uso de la prerrogativa del artículo 134.6 CE (el llamado «veto presupuestario del Gobierno»), a la tramitación por el Pleno de la Cámara de sendas proposiciones de ley. En ambas sentencias se falla a favor del Congreso de los Diputados y, aunque estas resoluciones fijan el alcance temporal y material de la potestad que otorga el artículo 134.6 CE al Gobierno, también suponen una protección de las facultades parlamentarias vinculadas al ejercicio de la función legislativa, que se verían mermadas si se otorgase una desproporcionada facultad de veto al Gobierno.

Pero también en los supuestos de declaración de inconstitucionalidad de leyes por vicios de procedimiento el Tribunal está protegiendo el libre ejercicio de las facultades parlamentarias vinculadas al procedimiento legislativo, lo que queda patente cuando declara que «la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras» (STC 204/2011, FJ 4), o cuando afirma, en otro pronunciamiento en el que declara la inconstitucionalidad de una ley, que: «la autonomía parlamentaria garantizada constitucionalmente (art. 72 CE) y la propia naturaleza del artículo 23.2 CE como derecho de configuración legal también obligan a otorgar a los Parlamentos y, significativamente, a sus órganos rectores, un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria que este Tribunal no puede desconocer» (STC 215/2016, FJ 5).

Por último, el procedimiento previsto en el artículo 161.2 CE, en el que se atribuye al Gobierno de la Nación la posibilidad de impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y las resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas, abre otra importante vía de protección de las facultades parlamentarias en el ámbito autonómico, a lo que se une una mayor garantía

de protección, pues la propia Constitución prevé que la impugnación producirá la inmediata suspensión de la disposición o resolución recurrida. Así, en la STC 259/2015, en la que se resuelve y se estima la impugnación del Gobierno, vía artículo 161.2 CE, de la resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, relativa al inicio del calificado como *procés* en Cataluña, el Tribunal no solo constata la vulneración de la Constitución y del Estatuto de Autonomía, sino que se refiere a la improcedencia de utilizar el cauce del procedimiento parlamentario propio de «las propuestas de resolución», para una finalidad que solo es posible previa reforma de la Constitución. En este contexto, y a los efectos que ahora interesa, es posible concluir que el procedimiento previsto en el artículo 161.2 CE abre la posibilidad de proteger facultades parlamentarias de las minorías, cuando son cercenadas por una mayoría que vulnera el ordenamiento jurídico para alcanzar sus fines políticos.

6. No existe un derecho fundamental a la correcta interpretación de los reglamentos parlamentarios

De acuerdo con todo lo expuesto, si bien el artículo 23.2 CE ha sido calificado reiteradamente por el Tribunal Constitucional como un precepto que garantiza un derecho fundamental de configuración legal, lo cierto es que ha pasado a contemplar un derecho fundamental de «creación jurisprudencial», y por más que el Tribunal insista en que compete a la ley «ordenar los derechos y facultades que correspondan a los distintos cargos públicos y que pasan así a integrarse en el estatus propio de cada uno de ellos»[21], la jurisprudencia constitucional revela que ha sido decisión del Tribunal extender el ámbito de protección del artículo 23 CE a las facultades parlamentarias vinculadas al núcleo de la función representativa, y que sigue siendo decisión del Tribunal concretar las facultades parlamentarias que se incluyen ese ámbito de protección, lo que le ha llevado, en ocasiones, incluso a ampliar los términos del Reglamento parlamentario, como ocurre en la STC 181/1989, pronunciamiento en el que extiende el derecho a recabar información recogido en el Reglamento del Parlamento de Cataluña al «derecho a ser asesorado por expertos».

Esta posición que ha mantenido el Tribunal a lo largo de los años no permite conocer con precisión dónde se encuentra la frontera entre su legítima función de garante de los derechos fundamentales de los parlamentarios, y la labor fiscalizadora de la correcta aplicación de los reglamentos parlamentarios por parte de los órganos de las Cámaras. La obligación de sujeción de los órganos parlamentarios al Reglamento es incuestionable y tiene su fundamento último en el artículo 9.1 CE, pero los procedimientos que existen para controlar dicho sometimiento están tasados y no abarcan todas las in-

[21] SSTC 109/2016, FJ 3; 139/2017, FJ 4, y 34/2018, FJ 4, entre otras muchas.

fracciones posibles, a lo que se une el margen de libertad de apreciación de los órganos parlamentarios

Por ello, la hiperactividad del Tribunal que venimos poniendo de relieve no puede conducir al olvido de que determinadas decisiones y actos parlamentarios sin valor de ley pueden infringir los reglamentos parlamentarios, sin que exista un control jurisdiccional externo que los anule, en el caso de que ningún derecho fundamental se haya visto afectado. Así ocurre, por ejemplo, cuando las fórmulas de juramento o promesa de la Constitución utilizadas por algunos parlamentarios no son las correctas, pero son tenidas por válidas por la Presidenta del Congreso, lo que dio lugar a la STC 65/2023, desestimatoria. En mi opinión, la demanda de amparo presentada por quienes sí habían cumplido correctamente con esta exigencia parlamentaria no debió ser admitida a trámite, pues la irregularidad de la fórmula utilizada por «otros diputados» no privó a los recurrentes, ni de la plena condición de diputados, ni del ejercicio de ninguna de las facultades propias del cargo de parlamentario, por lo que no se puede imputar a ninguna de las resoluciones parlamentarias recurridas (que dan por buenas, con mejor o peor fortuna, todas las fórmulas de juramento y acatamiento de la Constitución utilizadas en la sesión constitutiva del Congreso día 21 de mayo de 2019) la vulneración del artículo 23.2 CE de los demandantes[22].

Así, sin perjuicio de que los *internal proceedings*, vigentes en el Parlamento británico y refractarios a todo control jurisdiccional[23], no son trasladables a nuestro ordenamiento jurídico, que cuenta con una Constitución normativa que incorpora reglas de procedimiento parlamentario, así como un recurso de amparo constitucional para la defensa de los derechos fundamentales de los parlamentarios, lo cierto es que en nuestro país los *interna corporis acta* no ha desaparecido por completo, aunque sí lo ha hecho el interés por su permanencia.

De hecho, asistimos a una constante judicialización de la actividad parlamentaria, que, en palabras del profesor Aragón Reyes, no contribuye precisamente a afianzar el futuro del Tribunal Constitucional, siendo criticable que se trasladen a su sede conflictos políticos que deben tener su solución en otras instancias: «Esa tendencia, muy patente en España, debiera eliminarse o, cuando menos, reducirse, pues, si se intenta judicializar la política, ambas funciones acaban resultando perdedoras[24]».

---

[22] Diferente es el caso resuelto en la STC 119/1990, que estima un recurso interpuesto por parlamentarios que no pudieron acceder a la condición plena de diputados al no haber sido aceptada por el Presidente de la Cámara la fórmula que utilizaron para acatar la Constitución. Concretamente habían utilizado la siguiente fórmula: «Por imperativo legal, sí prometo».

[23] Sobre el origen y evolución histórica de los *internal proceeding*, véase: Torres Muro, Ignacio, «El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43, 1995. En conexión con esta materia: Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 10, 1986.

[24] Aragón Reyes, Manuel, *El futuro de la justicia constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23, 2019, p. 40.

De la sistemática admisión a trámite de la mayoría de los recursos de amparo parlamentario no se desprende que nuestro Tribunal esté reaccionando frente a esa tendencia por trasladar al ámbito jurisdiccional el enfrentamiento político que se sustancia en la sede propicia para ello, el Parlamento, ya sea nacional o autonómico, lo que conduce, como se viene exponiendo, a una doctrina de la que no se deduce el margen de decisión que corresponde a los órganos de gobierno de las cámaras al aplicar sus reglamentos ni, en consecuencia, los límites del control jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Quizá ha llegado el momento en el que se le pueda pedir al Tribunal Constitucional un mayor ajuste de su doctrina en esta materia, como ha realizado con eficacia en otros ámbitos, tales como en el recurso de amparo contra actos u omisiones del poder judicial (art. 44 LOTC), en los que el Tribunal inadmite a trámite, por falta de especial trascendencia constitucional, todos los recursos en los que se aduce una incorrecta aplicación e interpretación de la norma por parte del juez. Y lo hace, aplicando una consolidada doctrina, dictada años antes de la reforma del 2007, según la cual no existe un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, FJ 2; 82/2001, FJ 2), no pudiendo concebirse el recurso de amparo como un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento jurídico al caso, so pena de desvirtuar su naturaleza (STC 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3).

Una elaboración doctrinal, en definitiva, que configure el estatuto jurídico-constitucional del parlamentario en atención a un criterio material reconocible, y no como el simple resultado de una suma de facultades libremente determinadas por el Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO 12

EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA EN EL SENADO: DE TÉCNICA A DISPOSICIÓN DEL GOBIERNO A ARMA ARROJADIZA DE LA OPOSICIÓN (A PROPÓSITO DE SU REFORMA EN EL REGLAMENTO DEL SENADO)[1]

Yolanda Gómez Lugo
(Universidad Carlos III de Madrid)
Profesora Titular de Derecho Constitucional

1. Introducción

Quisiera comenzar estas páginas agradeciendo la invitación para participar en este libro homenaje a la profesora Paloma Biglino Campos con motivo de su jubilación. La homenajeada ha realizado una prolífica carrera académica en el ámbito del Derecho Constitucional, si bien quisiera destacar su contribución a los estudios sobre procedimiento legislativo y su especial preocupación por la problemática de los vicios formales en el *iter legis*. Por ello, para este merecido homenaje he optado por una temática vinculada a esta línea de investigación desarrollada por la profesora Biglino, en la que abordaré una cuestión de cierta actualidad sobre la intervención del Senado en el procedimiento legislativo de urgencia.

Con motivo del anuncio de la presentación de la proposición de ley de amnistía el Grupo parlamentario popular en el Senado presentó una propuesta de reforma del Reglamento interno tendente a fortalecer las facultades de la Mesa de la Cámara para decidir sobre la pertinencia de aplicar en cada caso el procedimiento de urgencia en la tramitación de las proposiciones de ley. Esta propuesta fue tramitada y aprobada en noviembre de 2023 de una forma algo precipitada, y aunque en la exposición de motivos de la misma no se explicite nada, existe una opinión generalizada según la cual dicha modificación responde a la finalidad de ralentizar la tramitación de la proposición de ley de Amnistía que sería aprobada en el Congreso por la vía de urgencia, lo que hace plantear si estamos ante una reforma *ad casum*.

[1] Trabajo realizado en el marco del proyecto I+D+I «Construcción de derechos emergentes. debates para la fundamentación de nuevos parámetros de constitucionalidad» (PID2019-106904RB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (2020-2024).

En todo caso, y esto es sobre lo que se pretende llamar la atención, la reforma finalmente aprobada del artículo 133 RS viene a fortalecer la posición de la Mesa de la Cámara en la selección del procedimiento aplicable en cada caso. Por un lado, se añade una nueva disposición en el citado artículo[2] que atribuye a la Mesa del Senado la potestad de activar, de oficio o a propuesta de un Grupo parlamentario o de veinticinco Senadores, la modalidad procedimental de urgencia para las *proposiciones de ley*. En principio, pareciera que nos encontramos ante un precepto novedoso, si no fuera porque la normativa reglamentaria ya contaba con una norma prácticamente idéntica, si bien referida únicamente a «proyectos», pero que en la práctica parlamentaria se ha venido aplicando a cualquier tipo de iniciativa legislativa. Por otro, la reforma incorpora un nuevo párrafo que establece expresamente que la Mesa «podrá decidir la aplicación del procedimiento de urgencia *cuando así lo solicite el Gobierno o el Congreso de los Diputados*[3]» lo que constituye una auténtica novedad que plantea serias dudas de constitucionalidad en relación con el artículo 90.3 CE.

Así, esta reforma ha suscitado no solo críticas políticas que se pusieron de manifiesto en el debate de toma en consideración de la propuesta de reforma del Reglamento por el modo exprés de su tramitación, sino sobre todo críticas de calado jurídico por su disconformidad con el artículo 90.3 CE y, de hecho, este asunto ha quedado residenciado en sede constitucional a través de un recurso de inconstitucionalidad planteado por un grupo de diputados y pendiente de resolución.

Cabe adelantar que esta modificación reglamentaria fue impulsada por el Grupo parlamentario popular del Senado partiendo de una premisa básica: una interpretación literal y restrictiva del artículo 90.3 conforme a la cual dicho precepto resulta de aplicación exclusivamente a los proyectos de ley; de ahí, que la finalidad de la reforma reglamentaria fuera precisamente ampliar las atribuciones de la Mesa del Senado para decidir en cada caso si aplica el procedimiento de urgencia, o en caso contrario, el procedimiento legislativo común en la tramitación de las proposiciones de ley. Asimismo, la reforma reglamentaria se llevó a cabo en un contexto parlamentario dividido con dos Cámaras, controladas por diferentes mayorías y enfrentadas en torno a la declaración de urgencia de la proposición de la Ley de Amnistía.

En este contexto, las páginas que siguen pretenden contribuir al debate aportando algunas reflexiones sobre la finalidad y el alcance de esta reforma del Reglamento del Senado y, a partir de ahí, valorar su conformidad con la configuración constitucional del procedimiento urgencia (art. 90.3 CE).

[2] La nueva disposición del artículo 133 RS establece que «[e]n las proposiciones de ley, la Mesa del Senado podrá decidir la aplicación del procedimiento de urgencia cuando así lo solicite el Gobierno o el Congreso de los Diputados, o también actuando de oficio o a propuesta de un grupo parlamentario o de veinticinco senadores».

[3] La cursiva es mía.

2. Algunas precisiones sobre el procedimiento de urgencia en el Senado

En primer lugar, resulta necesario recordar, aunque sea brevemente, cómo está configurado el procedimiento de urgencia en el Senado. Y ello, no sin antes recordar que el artículo 90 CE regula las líneas fundamentales de la intervención de la Cámara alta en el procedimiento legislativo y se configura como uno de los preceptos «en los que se plasma la diferente posición que ocupan el Congreso de los Diputados y el Senado en el procedimiento legislativo ordinario, así como de las relaciones entre una y otra Cámara en el ejercicio de la potestad legislativa que el art.66.2 residencia en las Cortes Generales» (STC 234/2000, de 30 de octubre, FJ 8). Asimismo, cabe recordar que la tramitación del *iter legis* en el Senado se caracteriza principalmente por la limitación temporal a la que se ve se ve sometida por las previsiones contenidas en el artículo 90.2 CE; un rasgo, que responde a la fórmula del bicameralismo desequilibrado por la que optó el constituyente y que resulta aún más acusado en el supuesto del procedimiento de urgencia.

2.1. La vía de urgencia como auténtico procedimiento legislativo especial

El artículo 90.3 CE establece que el «plazo de que dispone el Senado para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso», configurando una modalidad procedimental especial del *iter legis* consistente en una reducción de los plazos ordinarios previstos para los trámites integrantes del procedimiento legislativo ordinario. A este respecto, se ha cuestionado si dicha disposición establece una mera regla de reducción de plazos o, por el contrario, articula un procedimiento legislativo especial[4]. En la STC 234/2000 el Tribunal Constitucional se manifestó a favor de la primera opción descartando que el artículo 90.3 regulase un procedimiento legislativo abreviado, para lo cual argumentó que la Constitución carece de un precepto que lo prevea expresamente[5]. Por el contrario, sostuvo que lo que contiene es «una regla de reducción de plazos por la que se disminuye a veinte días el referido plazo ordinario de dos meses en el caso de los proyectos declarados urgentes» (FJ 8).

Sin embargo, de una interpretación sistemática de la Constitución cabe admitir dicho reconocimiento. De este modo, a favor de la tesis de la urgencia como procedimiento legislativo especial, y no como mera norma de funcionamiento, pueden esgrimirse

[4] Sobre esta cuestión, me remito a mi trabajo: Gómez Lugo, Yolanda, «La urgencia del *iter legis*: una técnica procedimental de agilización procedimental a disposición del Gobierno», *Revista de Derecho Político*, 71-72, 2008.

[5] El Tribunal ha mantenido esta doctrina en resoluciones posteriores, como las SSTC 143/2016, de 19 de septiembre, y 215/2016, de 15 de diciembre.

varios argumentos que expuestos brevemente serían los siguientes: a) se trata de una modalidad procedimental que cuenta con cobertura constitucional en los artículos 90.3 y 86.3 CE; b) la regla general de reducción de plazos, que puede acordar la Mesa para un trámite específico del *iter legis* (art. 135.6 RS), no resulta equiparable a la activación del procedimiento de urgencia que lleva anudada una reducción de plazos aplicable a todos los trámites del *iter legis* restantes hasta la finalización de la tramitación (arts. 133-135 RS); c) el propio Reglamento del Senado regula expresamente esta modalidad junto al resto de «procedimientos legislativos especiales»; y d) por lo que respecta al artículo 86.3 CE, este precepto no solo prevé explícitamente un procedimiento legislativo de urgencia, sino que además lo configura como una variante específica del mismo cuya aplicación resulta de obligada observancia. Otra de las particularidades de la modalidad del artículo 86.3 es que en este supuesto una norma en vigor (un decreto-ley convalidado) actúa técnicamente como acto de iniciativa que activa directamente el *iter* de urgencia y sin necesidad de someterse a los trámites exigidos para la elaboración de anteproyectos de ley[6], ni para los proyectos de ley (arts. 88 CE y 109 RCD), como ha confirmado —en relación a estos últimos— la STC 10/2024, de 18 de enero, FJ 4.

Una de las notas características del procedimiento de urgencia es que puede aplicarse a cualquier propuesta legislativa para la cual se haya declarado la urgencia, ya que su aplicación no está sometida a límites materiales. Desde esta perspectiva, se trata de una modalidad de *aplicación genérica*, en la medida en que permite su activación a cualquier proyecto o proposición de ley e independientemente de su contenido material, lo cual dota de mayor flexibilidad a la tramitación legislativa en las Cámaras. No obstante, ello no impide cuestionarse si sería aconsejable incorporar alguna excepción a esta regla de ausencia de límites materiales al procedimiento de urgencia, como sería la reforma constitucional.

2.2. La declaración de urgencia y sus efectos

Tanto la normativa constitucional como las previsiones de los Reglamentos parlamentarios supeditan la aplicación de esta modalidad procedimental a la declaración de urgencia del texto, por lo que ésta se presenta como una decisión de naturaleza política que viene a impulsar la activación de la especialidad y cuya adopción corresponde a los sujetos legitimados por la normativa parlamentaria.

Por lo que respecta a la declaración de urgencia a la que se refiere el artículo 90.3 CE, esta aparece configurada constitucionalmente como un presupuesto habilitante de esta modalidad procedimental, de tal modo que se presenta como requisito formal cuya

[6] Sobre estas cuestiones, véase Gómez Lugo, Yolanda, «Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 126, 2022, pp. 176-177.

concurrencia corresponderá verificar a la Mesa de la Cámara antes de iniciar los trámites propios del procedimiento de urgencia. En consecuencia, en el ejercicio de su función de decidir sobre la admisibilidad y la tramitación del texto declarado urgente, la Mesa no podrá controlar jurídico-materialmente el contenido de dicha declaración de urgencia, limitándose a verificar su concurrencia como la del resto de requisitos formales.

En relación con esta especialidad procedimental, cabe señalar que el artículo 90.3 ha anudado a la declaración de urgencia de las iniciativas legislativas unos efectos consistentes en una reducción de la tramitación en el Senado que queda reducida a veinte días naturales, frente a los dos meses que prevé el artículo 90.2 para el *iter legis* ordinario. De este modo, el Reglamento del Senado establece límites máximos para el desarrollo de cada uno de los trámites previstos en el procedimiento común, con la única excepción del debate plenario que se celebrará durante el tiempo restante hasta el transcurso de los veinte días de que dispone la Cámara Alta. Además, cabe señalar que esta aceleración de la tramitación que conlleva el procedimiento de urgencia es perfectamente compatible con la aplicación de la regla general de ampliación o reducción de plazos prevista por el artículo 135.6 RS.

Asimismo, y puesto que la atribución constitucional que el artículo 90.3 CE confiere a Gobierno y Congreso para declarar la urgencia no está sometida a límites temporales, el procedimiento legislativo de urgencia puede aplicarse tanto desde el inicio de la tramitación legislativa en el Congreso, como en cualquier otro momento posterior de forma sobrevenida, como corroboró el Tribunal Constitucional en la STC 234/2000[7]. En este último supuesto, la reducción de tiempos se aplicará a los trámites restantes hasta la decisión final sobre el texto y sin necesidad de retrotraer el procedimiento al inicio de la tramitación legislativa. Por otro lado, la práctica parlamentaria pone de manifiesto que es bastante frecuente la aplicación simultánea del procedimiento de urgencia junto a las modalidades de delegación de competencia legislativa en Comisión o el método de lectura única, lo que permite acelerar aún más la tramitación legislativa.

2.3. Activación, ámbito de aplicación y papel de la Mesa

Sin duda, para abordar correctamente la cuestión que nos ocupa resulta fundamental precisar algunos aspectos tales como: cuáles son los sujetos habilitados para declarar la urgencia o activar el procedimiento de urgencia en el Senado y sobre qué tipo de iniciativas legislativas pueden instar esta modalidad procedimental; y cuál es el alcance de los poderes de la Mesa en estos supuestos, cuestión, que variará dependiendo del

[7] «Del propio tenor del artículo 90.3 CE, pues, no resulta el límite temporal que se aduce a la facultad del Gobierno de declarar la urgencia de los proyectos de ley con los efectos que a tal declaración se anudan en el precepto constitucional» (STC 234/2000, FJ 11).

órgano promotor de la urgencia en cada caso. Ahora bien, el examen de estos aspectos debe abordarse contrastando la regulación de esta modalidad procedimental antes y después de la reforma del artículo 133 RS aprobada en 2023.

A este respecto, lo primero que cabe adelantar de esta reforma reglamentaria es que modifica el marco normativo de la declaración de urgencia incorporando un régimen jurídico diferenciado para activar el procedimiento de urgencia en el Senado en función del tipo de iniciativa legislativa de que se trate; una distinción que no está contemplada constitucionalmente para los textos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los diputados.

Efectivamente, con anterioridad a la reforma el procedimiento de urgencia estaba configurado por los artículos 90.3 CE y 133 del Reglamento del Senado, y ello, sin segregar el régimen jurídico aplicable en función del tipo de iniciativa sobre el que se promueve la tramitación urgente. De la lectura conjunta de ambos preceptos se desprende que la declaración de urgencia que activa esta modalidad procedimental puede proceder no solo del propio Senado, sino también de otros órganos ajenos al mismo, como el Gobierno o el Congreso, lo que constituye una singularidad en relación con la regulación jurídica de esta modalidad procedimental en la Cámara baja[8]. Veamos detenidamente esta cuestión en función de los diferentes supuestos que pueden plantearse.

a) Por un lado, el artículo 90.3 CE habilita al *Gobierno* y al *Congreso* para intervenir en la actividad legislativa del Senado decidiendo la eventual aplicación del procedimiento de urgencia. Efectivamente, ambos quedan facultados para declarar la urgencia, por lo que en los «proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados, el Senado dispone de un plazo de veinte días naturales para ejercitar sus facultades de orden legislativo» (antiguo art. 133.1 RS). Asimismo, cabe advertir que el término «proyecto» es utilizado por el artículo 90.3 CE de forma genérica, tal y como ha sostenido el Tribunal Constitucional[9], por lo que puede aplicarse indistintamente a proyectos de ley y a proposiciones de ley.

Además, el procedimiento de urgencia resulta de aplicación automática en el Senado y de obligada observancia para el órgano rector. De este modo, de conformidad con dicho precepto constitucional la declaración de urgencia por parte de los dos sujetos legitimados activa automáticamente esta modalidad sin necesidad de ningún trámite

[8] El Reglamento del Congreso atribuye la capacidad de declarar la tramitación por procedimiento de urgencia a órganos exclusivamente parlamentarios, al señalar como sujeto legitimado para instar la activación de esta modalidad a la Mesa de la Cámara, a propuesta del Gobierno, dos Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los diputados (art. 93.1 RCD).

[9] En la STC 97/2002, de 25 de abril, el Tribunal propugnó una interpretación amplia del término «proyecto» al que se refiere el artículo 90 CE; «precepto, este aplicable no sólo a los proyectos de ley, sino también a las proposiciones de ley, pues aunque la Comisión Mixta suprimió la referencia a éstas en la redacción definitiva que dio al texto, la evidente semejanza de ambas figuras pone de relieve la identidad de razón para su régimen jurídico» (FJ 4).

añadido y, sobre todo, sin que la Mesa de la Cámara alta pueda oponerse a esta modalidad de tramitación urgente. En estos supuestos, el órgano rector debe limitarse a ejercer las competencias que le atribuye el Reglamento de calificar y decidir sobre la admisibilidad y la tramitación de escritos y documentos de índole parlamentaria [art. 36.1.c) RS]. En consecuencia, recibido el texto aprobado por el Congreso a través del procedimiento de urgencia, o recibida la declaración de urgencia del texto por parte de alguno de los sujetos legitimados por el artículo 90.3 CE, la Mesa del Senado tendrá que limitarse, por un lado, a verificar la concurrencia del único requisito formal que se desprende del artículo 90.3, esto es, la legitimidad del sujeto que declara la urgencia (ya sea desde el inicio de la tramitación parlamentaria o en un momento posterior sobrevenidamente —STC 234/2000—); y por otro, a dar curso a la tramitación urgente conforme a las reglas previstas para este procedimiento legislativo especial.

Por lo demás, y aunque la previsión constitucional utiliza el término «proyecto» para delimitar el ámbito de aplicación del procedimiento, este ha sido interpretado de forma genérica por la jurisprudencia constitucional, y así ha venido aplicándose en la práctica parlamentaria hasta ahora, esto es, tanto a proyectos como a proposiciones de ley. En consecuencia, lo relevante es que la declaración de urgencia proceda de uno de los sujetos habilitados por la norma constitucional, no el tipo de propuesta legislativa de que se trate.

b) Por otro lado, el Reglamento del Senado de 1982 amplió este elenco de sujetos legitimados por el artículo 90.3 CE para activar la tramitación urgente de las iniciativas legislativas. De este modo, con anterioridad a la reforma de 2023 la normativa interna de la Cámara ya establecía que la *Mesa*, de oficio o a propuesta de un Grupo parlamentario o de veinticinco senadores, podría decidir la aplicación del procedimiento de urgencia (antiguo art. 133.2 RS), si bien no precisaba nada sobre el tipo concreto de iniciativa al que podía aplicarse, lo que ha facilitado que en la práctica se haya venido aplicando tanto a proyectos de ley no declarados urgentes por Gobierno o Congreso, como a proposiciones de ley. Desde esta óptica, nos encontramos ante una modalidad procedimental de aplicación potestativa para los órganos parlamentarios encargados de decidir sobre la tramitación de las iniciativas legislativas y de aplicación genérica a todo tipo de textos.

En el supuesto de activación *a instancia de sujetos políticos* (un grupo o veinticinco senadores), la Mesa del Senado, una vez superada la admisibilidad a trámite, dispone de la facultad para decidir o rechazar discrecionalmente la aplicación del procedimiento de urgencia, como se desprende del término «podrá». No obstante, deberá limitarse a realizar un control meramente formal de la propuesta de tramitación urgente, sin que en ningún caso pueda fiscalizar materialmente el contenido de la misma.

Ahora bien, cuando la Mesa actúa *de oficio* como promotora de la tramitación de urgencia el alcance de sus atribuciones se amplifica considerablemente, en la medida en

que no se limita solo a verificar la concurrencia de los requisitos formales de la iniciativa legislativa y de la propuesta de tramitación urgente, sino que el Reglamento le confiere un mayor margen de discrecionalidad en la selección del procedimiento aplicable al permitir que acuerde por sí misma la aplicación de la vía de urgencia o, en su caso, prosiga la tramitación por el *iter legis* ordinario. En este caso, la Mesa deja de actuar como un órgano meramente técnico en el ejercicio de su facultad de decidir sobre la tramitación, en la medida en que no se limita a realizar un mero juicio de admisibilidad o procedibilidad sobre la propuesta de tramitación urgente instada por los sujetos políticos legitimados a tal efecto, sino que entra a valorar discrecionalmente el tipo de procedimiento aplicable, a diferencia de lo que sucede en otros procedimientos legislativos abreviados en los que la Mesa solo puede proponer al Pleno la modalidad de tramitación[10]. Por el contrario, en este supuesto se produce un reforzamiento no sólo de sus poderes de dirección en la tramitación legislativa, sino también de la intervención del Senado en el procedimiento legislativo. Ahora bien, teniendo en cuenta que la declaración de urgencia o la propuesta de tramitación urgente, dependiendo de los casos, son decisiones que se adoptan conforme a criterios de mera oportunidad política y se plantean por sujetos de la misma naturaleza, cabe cuestionar si resulta adecuado que el Reglamento parlamentario atribuya a un órgano como la Mesa la facultad de adoptar una decisión de esta naturaleza. No puede olvidarse que, conforme a una consolidada doctrina constitucional, a la Mesa corresponde una función jurídico-técnica, no respondiendo en ningún caso a criterios de oportunidad política[11].

3. La ampliación de las atribuciones de la mesa del Senado en el procedimiento de urgencia: ¿una reforma *ad casum*?

Realizadas estas consideraciones sobre el marco normativo del procedimiento de urgencia, a continuación, se analizará el alcance de la reforma del artículo 133 del Reglamento del Senado comenzando por explicar el contexto en el que se enmarca dicha reforma reglamentaria.

[10] Tanto en los procedimientos legislativos especiales de lectura única como de competencia legislativa plena en Comisión, la normativa parlamentaria dispone que el Acuerdo de tramitación de estas modalidades corresponde al Pleno a propuesta, entre otros sujetos, de la Mesa (arts. 129.1 y 130.1 RS).

[11] Las funciones que corresponde a la Mesa de «verificar la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de la iniciativa, esto es, examinar si la iniciativa cumple los requisitos formales exigidos por la norma reglamentaria» se efectúan «en función de un canon estrictamente normativo, no político o de oportunidad (que es el que en cambio tiene lugar en el trámite de toma en consideración» (ATC 428/1989, de 21 de julio, FJ 3). En esta misma línea, el Tribunal ha precisado en reiteradas ocasiones que estos actos no constituyen un juicio de oportunidad política, ya que este tipo de decisiones quedan reservadas al Pleno de la Cámara, no a sus Mesas, que cumplen «la función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de la Cámaras para su mayor eficiencia, precisamente como tal foro de debate y participación en la cosa pública, precisamente como tal foro de debate y participación en la cosa pública» (STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4c).

3.1. Antecedentes

El 13 de noviembre de 2023 fue registrada en el Congreso de los Diputados la *Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña,* presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso. Unos días antes de su presentación, el Grupo Parlamentario Popular en el Senado había registrado una propuesta de reforma del artículo 133 del Reglamento del Senado con el propósito de «atribuir a la Mesa de la Cámara la facultad de decidir en cada caso sobre la pertinencia de la tramitación urgente de una proposición de ley»[12].

El objeto perseguido por esta reforma reglamentaria, según se detalla en la propia exposición de motivos de la propuesta presentada, era mejorar la calidad legislativa de los textos y facilitar más tiempo para deliberar las proposiciones: «ofrecer mayores oportunidades al rigor y la calidad de la función legislativa del Senado, abriendo la posibilidad de que, en el trámite de las proposiciones de ley, y a diferencia de lo que sucede con los proyectos, los Senadores cuenten con el tiempo necesario para poder paliar, al menos, los déficits de documentación y análisis técnico y jurídico, así como de debate público y de participación social, de los que, como la experiencia demuestra, suelen adolecer este tipo de iniciativas legislativas.». Durante el debate de toma en consideración de la propuesta, el grupo proponente utilizó diferentes tipos de argumentos en defensa de la propuesta de reforma del Reglamento, tales como la lucha contra el abuso del decreto-ley o el abuso del uso de la proposición de ley por grupos del Gobierno y la carencia de informes en las proposiciones...[13].

La propuesta reglamentaria fue aprobada por el Senado el 16 de noviembre y el precepto mencionado quedó redactado en los siguientes términos[14]:

> «1. En los proyectos de ley declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados, el Senado dispone de un plazo de veinte días naturales para ejercitar sus facultades de orden legislativo.
>
> Asimismo, la Mesa del Senado, de oficio o a propuesta de un Grupo parlamentario o de veinticinco Senadores, podrá decidir la aplicación del procedimiento de urgencia.
>
> 2. En las proposiciones de ley, la Mesa del Senado podrá decidir la aplicación del procedimiento de urgencia cuando así lo solicite el Gobierno o el Congreso de los Diputados, o también actuando de oficio o a propuesta de un Grupo parlamentario o de veinticinco Senadores.»

[12] https://www.senado.es/legis15/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_15_27_713.PDF (BOCG, Senado, XV Legislatura, núm.27, de 7 de agosto de 2023).

[13] Diario de Sesiones del Senado, XV Legislatura, núm. 158, Pleno, de 8 de noviembre de 2023.

[14] Redactado conforme al artículo primero de la Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifican los artículos 133 y 182, aprobada por el Pleno del Senado en su sesión del día 14 de noviembre de 2023 y publicada en el BOCG, Senado, núm. 32, de 16 de noviembre de 2023.

Asimismo, según la disposición transitoria de la reforma, la entrada en vigor de la nueva normativa conllevaba la posibilidad de que la Mesa de la Cámara pudiera aplicarla de forma inmediata a las proposiciones de ley en tramitación en ese momento.

Para contextualizar correctamente la cuestión planteada deben tenerse en cuenta algunos detalles de la tramitación tanto de la reforma del Reglamento del Senado, como de la iniciativa de la que trae causa dicha reforma reglamentaria. Sobre lo primero, resulta llamativo que la propia reforma del artículo 133 RS, tendente, según el grupo promotor, a facilitar mayor tiempo al Senado para discutir las proposiciones de ley, fuera anunciada casi al mismo tiempo que se anunció la presentación de la proposición de ley de amnistía y tramitada de una forma relativamente rápida. Así se puso de manifiesto en las críticas formuladas por los distintos grupos parlamentarios en el debate de toma en consideración de la propuesta reglamentaria. Por otro lado, y en relación con la tramitación de la proposición de ley de amnistía en el Congreso de los Diputados, tras su toma en consideración la Mesa de la Cámara acordó su tramitación por el procedimiento de urgencia a petición del Grupo parlamentario proponente de la iniciativa[15] y fue aprobada por el Pleno el 14 de marzo de 2024 siguiendo la modalidad de urgencia. Una vez en el Senado, a través de un Acuerdo un tanto atípico por su contenido[16], la Mesa de la Cámara la admitió a trámite y procedió a aplicar la recién aprobada reforma del procedimiento de urgencia en virtud de lo dispuesto por la disposición transitoria. Así, al amparo de las nuevas atribuciones que le confiere la nueva redacción del artículo 133.2 RS acordó la tramitación del texto por el procedimiento legislativo ordinario, y no por la modalidad de urgencia. Y ello, pese a que el mismo había sido tramitado conforme al procedimiento de urgencia en el Congreso, apartándose de lo que, hasta entonces, había sido la práctica parlamentaria habitual, esto es, tramitar por el procedimiento legislativo de urgencia las iniciativas (proyectos y proposiciones de ley) declaradas urgentes por el Congreso de los diputados.

[15] BOCG, CD, XV Legislatura, serie B, Proposiciones de ley, núm. 32-3, de 22 de diciembre de 2023 (https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-32-3.PDF).

[16] El Acuerdo de la Mesa del Senado no se limita a adoptar los convencionales actos de calificación, admisión a trámite y decisión de la tramitación, sino que incluye otra serie de consideraciones ajenas a la función técnica que le corresponde en este trámite. Así, el órgano rector de la Cámara, reconociendo que no puede adoptar un acuerdo de no admisión, «*a la vista de lo preceptuado en el artículo 90.1 de la Constitución, del cual se deduce que hay una obligación automática ex constitutione de someter el texto legislativo remitido por el Congreso*», hace constar expresamente las dudas sobre su constitucionalidad material y formal, advertidas en los Informes de la Secretaria General del Senado sobre la proposición de ley, e incluso, señala la vulneración que su tramitación puede comportar para los derechos reconocidos en el artículo 23 CE. Diario de Sesiones del Senado, XV Legislatura, núm. 74, de 20 de marzo de 2024 (https://www.senado.es/legis15/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_15_74_989.PDF).

3.2. Valoración de la reforma

Como consecuencia de la reforma del artículo 133 del Reglamento del Senado aprobada en noviembre de 2023 se han incorporado algunas novedades en la regulación del procedimiento de urgencia, y en concreto, relativas a los órganos legitimados para declarar la urgencia o activar dicha modalidad procedimental en el Senado y al tipo de iniciativas legislativas sobre las que pueden instar el procedimiento de urgencia. Como se expondrá seguidamente, la nueva normativa viene a ampliar las atribuciones de la Mesa de la Cámara en la selección del procedimiento aplicable en todo tipo de textos. Veamos, pues, como han quedado reguladas estas cuestiones.

Tras la reforma, el tenor literal de la disposición contenida en el antiguo artículo 133.2 RS se ha mantenido intacto. Sin embargo, su ubicación en el Reglamento ha cambiado pasando al párrafo segundo del artículo 133.1 e incorporándose en el mismo apartado que ahora regula la normativa aplicable a los «proyectos declarados urgentes» por Congreso y Senado, lo que viene a cambiar el sentido de la norma en la dirección pretendida por los promotores de la reforma reglamentaria. Efectivamente, esta nueva sistemática del párrafo segundo del artículo 133.1 RS responde a la voluntad de sus impulsores de establecer una nueva disposición aplicable exclusivamente a las proposiciones de ley (nuevo art. 133.2 RS), reservando lo dispuesto por el antiguo artículo 133.2 para los «proyectos». Esta segregación del régimen jurídico aplicable a los textos declarados urgentes por el Congreso parte de una premisa sesgada y errónea.

En cuanto a las *proposiciones de ley*, la modificación del Reglamento del Senado ha añadido un nuevo párrafo al artículo 133 RS con el fin de atribuir a la Mesa de la Cámara la facultad de decidir en cada caso sobre la pertinencia de la tramitación urgente de las proposiciones de ley, y ello, con el argumento de que el tenor literal del artículo 90.3 CE se refiere solo a «proyectos». De este modo, la nueva disposición establece que «*[e]n las proposiciones de ley, la Mesa del Senado podrá decidir la aplicación del procedimiento de urgencia cuando así lo solicite el Gobierno o el Congreso de los Diputados, o también actuando de oficio o a propuesta de un grupo parlamentario o de veinticinco senadores*».

En principio, esta modificación no plantearía problemas en sí misma, ya que supondría una duplicidad de lo previsto por el anterior artículo 133.2 (actual art. 133.1, párrafo segundo) con la única, pero importante, salvedad de que crea una normativa específica aplicable a las proposiciones de ley. Y ello, con el propósito de establecer un régimen jurídico diferenciado del procedimiento de urgencia en el Senado aplicable en función del tipo de texto sobre el que se declara la urgencia. Ahora bien, lo que sí plantea un problema, y esto es lo realmente relevante, es que la nueva disposición altera el régimen jurídico del procedimiento de urgencia al incluir la referencia a «*cuando así lo solicite el Gobierno o el Congreso de los Diputados*» lo que cambia radicalmente el sentido

de la norma. Como consecuencia de ello, la Mesa queda facultada para rechazar, en el trámite de admisibilidad, la declaración de urgencia del Gobierno o del Congreso respecto de una proposición de ley. Sin embargo, esta nueva disposición normativa suscita serias dudas de constitucionalidad en relación con el art.90.3 CE y con la interpretación que del mismo ha sostenido el Tribunal Constitucional, en la medida en que no se ajusta a la atribución que dicho precepto constitucional confiere al Gobierno y al Congreso. La controversia se centra, pues, en una interpretación incorrecta sobre el tipo de iniciativa sobre el que estos órganos pueden declarar la urgencia.

El problema suscitado reside, a mi juicio, en una premisa errónea y sesgada de la que parten los impulsores de la reforma reglamentaria. Efectivamente, la tesis que sustenta el grupo parlamentario promotor de la misma, y que se plasma en la nueva redacción del art.133, trata de buscar acomodo en una interpretación literal del artículo 90.3 CE, conforme a la cual la declaración de urgencia del Gobierno o del Congreso solo puede aplicarse a proyectos de ley arguyendo para ello que el precepto utiliza el término «proyectos». Sin embargo, esta interpretación literal obvia la doctrina constitucional sobre la cláusula de la declaración de urgencia del artículo 90.3 CE y la propia configuración constitucional del procedimiento legislativo de urgencia. Por ello, trataré de exponer las razones por las que considero que la interpretación en que se fundamenta la reforma del artículo 133 del Reglamento del Senado no es la más conforme con el artículo 90.3.CE.

A) En primer lugar, la cuestión concreta de la declaración de urgencia en este caso gira en torno a cómo debe interpretarse la expresión «proyectos» a la que alude el artículo 90.3 CE.

Así, para determinar el *significado y el alcance* del término «*proyectos*» debe tenerse en cuenta que es frecuente que las normas constitucionales y los Reglamentos parlamentarios utilicen en ocasiones el término «proyecto» en sentido amplio, abarcando cualquier tipo de iniciativa normativa. Así sucede, a modo de ejemplo, con el artículo 167 CE relativo al procedimiento ordinario de reforma constitucional que, pese a referirse a «proyectos de reforma constitucional», dicha expresión ha sido interpretada en sentido genérico admitiendo tanto a proyectos como a proposiciones de ley[17]. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Informe sobre las modificaciones de la Constitución española de 2006 al sostener que «el término «proyecto» debe entenderse en su sentido más amplio, como denominación genérica comúnmente utilizada para designar los textos en los que se concretan las iniciativas normativas, con independencia de que, desde el punto de vista técnico, se trate de proyectos en sentido estricto o de proposicio-

[17] En esta línea se ha manifestado Pérez Royo, Javier, *La reforma de la Constitución,* Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 161.

nes»[18]. En esta misma línea podría mencionarse igualmente el artículo 136 del Reglamento del Senado[19] que, al regular el procedimiento alternativo de «semiurgencia o de un mes», utiliza el término «*proyectos legislativos*», sin que ello implique que se refiera exclusivamente a iniciativas de origen gubernamental, sino a cualquier tipo de iniciativa legislativa. Y así se viene utilizado en la práctica legislativa del Senado. En apoyo de esta línea argumental cabría añadir también la propia práctica parlamentaria, un argumento que el Tribunal Constitucional ha utilizado en este tipo de asuntos[20], y que viene a corroborar que el artículo 90.3 de la Constitución ha venido aplicándose indistintamente tanto a proyectos, como a proposiciones de ley en ambas Cámaras.

Pero, sobre todo, la cuestión relativa a cómo debe interpretarse el término «proyecto» quedó resuelta en la STC 97/2002 en la que el alto Tribunal sostuvo una interpretación amplia del artículo 90.3 CE, conforme a la cual dicho precepto resulta «aplicable no sólo a los proyectos de ley, sino también a las proposiciones de ley, pues aunque la Comisión Mixta suprimió la referencia a éstas en la redacción definitiva que dio al texto, la evidente semejanza de ambas figuras pone de relieve la identidad de razón para su régimen jurídico» (FJ 4).

Por último, y en virtud de la subordinación de la autonomía reglamentaria a la Constitución, cabe argüir que la reforma del Reglamento del Senado examinada no puede ir en contra de la propia habilitación constitucional que el artículo 90.3 hace a favor del Gobierno y del Congreso en relación con la declaración de urgencia. Y ello, pese a que el principal sentido de la reserva de reglamento en un sistema bicameral sea, como señala Aragón Reyes, preservar la autonomía del Senado frente al Congreso[21]. Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la autonomía reglamentaria, como manifestación de la autonomía de las Cámaras, así como las normas reglamentarias que por éstas se dicten en su ejercicio «se encuentran subordinadas y limitadas por la constitución, cuyas previsiones referidas a la materia parlamentaria deli-

---

[18] Consúltese Rubio Llorente, Francisco, y Álvarez Junco, José (eds.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 243-244.

[19] «Cuando no resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 133, la Mesa del Senado, a propuesta de la Junta de Portavoces, podrá establecer que los proyectos legislativos se tramiten en el plazo de un mes, reduciéndose a la mitad los plazos establecidos en el procedimiento legislativo ordinario.»

[20] En este sentido, véase la STC 234/2000, en la que el propio Tribunal Constitucional utilizó la práctica parlamentaria como argumento para estimar el conflicto de atribuciones, planteado por el Gobierno frente al Acuerdo de la Mesa del Senado por el que se inadmitió a trámite la declaración de urgencia del Gobierno relativa a la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, por invadir la atribución que el artículo 90.3 CE confiere al Gobierno. Sobre el asunto resuelto en esta resolución puede consultarse: Aranda Álvarez, Elviro. «Tres casos difíciles en la fase del Senado del procedimiento legislativo», *Revista de las Cortes Generales,* 39, 1996; Torres Muro, Ignacio, «Subordinando al Senado? La declaración gubernamental de urgencia, ex artículo 9.03 CE, ante el Tribunal Constitucional (STC 234/2000)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 3, 2000.

[21] Véase Aragón Reyes, Manuel, «Las fuentes del Derecho parlamentario». En Da Silva Ochoa, Juan Carlos (coord.), *Las fuentes del Derecho Parlamentario*, Parlamento Vasco, Vitoria, 1996, p. 47.

mitan aquella autonomía y deben ser respetadas por las normas reglamentarias que la desarrollan». El contenido y alcance de la autonomía reglamentaria de las Cámaras «han de ser determinados a partir precisamente de las previsiones del texto constitucional, nunca al margen de ellas, de modo que, aun pudiendo admitirse en principio la disponibilidad de la Cámara sobre los trámites y la cronología del procedimiento, el alcance de tal disponibilidad será el que resulte de los preceptos constitucionales» (STC 234/2000, FJ 12).

B) A lo anteriormente expuesto, cabe añadir que una interpretación literal de la cláusula de la declaración de urgencia resulta contraria a la configuración constitucional del procedimiento de urgencia y, en particular, a su alcance y significado.

Como se expuso anteriormente, del artículo 90.3 CE se desprenden no solo los efectos que lleva anudados la declaración de urgencia por el Gobierno o el Congreso, sino también que el procedimiento de urgencia resulta de *aplicación automática* en el Senado y de *obligada observancia* para la Mesa de la Cámara siempre que la urgencia sea declarada por alguno de los sujetos habilitados por la mencionada disposición constitucional. Una interpretación literal y aislada del artículo 90.3 CE, como la que sostuvieron los defensores de la reforma, implica no solo limitar de una forma excesivamente restrictiva su ámbito de aplicación al reducirlo infundadamente a los proyectos de ley, sino que además no se ajusta al carácter obligatorio que este procedimiento tiene en el Senado cuando la urgencia es declarada por Gobierno o Congreso.

Asimismo, esta interpretación literal va en contra también del significado del procedimiento de urgencia como *técnica de agilización procedimental a disposición del Gobierno* y de la mayoría parlamentaria que lo sostiene[22], pudiendo alterar las relaciones entre Legislativo y Ejecutivo. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento constitucional en favor del Gobierno de este mecanismo de agilización del *iter legis* expresa «la opción del constituyente por un determinado entendimiento en las relaciones entre las Cortes Generales y el Gobierno a través de un mecanismo que permite a éste actuar sobre el procedimiento legislativo influyendo en su desarrollo cronológico cuando, en su criterio, concurran las circunstancias que así lo requieran» (STC 234/2000, FJ 10). Por otro lado, la Jurisprudencia constitucional ha vinculado la facultad gubernamental de declarar la urgencia de los textos al ejercicio de la *función de dirección política* del Gobierno, al reconocer que se trata de un cauce que le permite «acelerar o abreviar en determinadas circunstancias la tramitación parlamentaria de un proyecto de ley para el desarrollo de su función de dirección política (art. 97 CE)» (STC 234/2000, FJ 12). En consecuencia, no cabe admitir una interpretación literal y aislada del artículo 90.3 CE, ya que ello resulta contrario al espíritu del precepto y vendría a distorsionar la configuración de nuestro modelo de procedimiento legislativo de urgencia.

[22] Sobre esta cuestión, consúltese Gómez Lugo, Yolanda, «La urgencia...», *cit.*

Por último, resulta necesario subrayar que el artículo 90 CE no solo regula la intervención del Senado en el *iter legis*, sino que además de dicho precepto deriva el modelo de bicameralismo imperfecto por el que optó el constituyente en el ejercicio de la función legislativa y que otorga un mayor protagonismo al Congreso en detrimento de una Cámara alta debilitada. Precisamente, éste sería el fundamento que vendría a justificar por qué la declaración de urgencia del Congreso respecto de cualquier iniciativa legislativa (incluidas las proposiciones de ley) conlleva la aplicación automática del procedimiento de urgencia en el Senado.

Pues bien, por las razones expuestas considero que la modificación del artículo 133 RS no se ajusta al artículo 90.3 de la Constitución. Por un lado, y como se ha tratado de poner de manifiesto, el contenido de la nueva disposición no es conforme con la interpretación constitucional del artículo 90.3 CE; y por otra, el Reglamento parlamentario no puede imponer limitaciones a la atribución constitucional que el artículo 90.3 confiere al Gobierno y al Congreso en función del tipo de iniciativa legislativa sobre el que se declara la urgencia.

4. Reflexiones finales

A la luz del análisis realizado cabe cuestionar si esta modificación del procedimiento de urgencia con el objeto de ampliar las atribuciones de la Mesa del Senado responde realmente a necesidades objetivas y razones estructurales —como las apuntadas por los impulsores de la reforma— o, por el contrario, son más bien razones coyunturales las que la justificaron y, en consecuencia, nos encontramos ante una reforma del Reglamento parlamentario *ad casum.* A ello contribuiría la forma exprés en que el Senado tramitó la reforma de su reglamento interno con la pretensión de dilatar en el tiempo el debate de la proposición de ley de Amnistía y el hecho de que la norma resultante de la reforma del artículo 133 no responde realmente a los objetivos identificados en la exposición de motivos y que sus defensores expusieron en el debate parlamentario.

Asimismo, la reforma del artículo 133 RS examinada en este trabajo, y el consecuente reforzamiento de los poderes de la Mesa en la selección del procedimiento aplicable a los textos declarados urgentes por el Gobierno y el Congreso, no pueden entenderse sin tener en cuenta las circunstancias en las que se planteó dicha reforma. Me refiero al contexto de un Parlamento dividido con dos Cámaras controladas por diferentes mayorías y enfrentadas por la declaración de urgencia de la proposición de Ley de Amnistía declarada urgente por el Congreso de los Diputados.

Y es que este tipo de situaciones en las que el Senado difiere del Congreso o, en su caso, del Gobierno en relación con la declaración de urgencia, aunque excepcionales, no son nuevas en nuestro parlamentarismo. Como se ha puesto de manifiesto en el trabajo,

en el asunto resuelto en la STC 234/2000 el conflicto tuvo su origen en la urgencia declarada por el Gobierno en relación con el proyecto de Ley Orgánica sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo; un texto, tramitado igualmente por Cámaras de diferente composición política. De ello se desprende que, aunque el procedimiento de urgencia, utilizado con bastante frecuencia en el Senado[23], no suele generar problemas mientras existe coincidencia entre las mayorías parlamentarias entre las Cámaras, la situación varía cuando no se da esta coincidencia política. Efectivamente, en contextos parlamentarios divididos en los que la mayoría parlamentaria del Senado está controlada por la oposición al Gobierno, como sucede en la XV Legislatura en la que se aprobó la reforma del artículo 133 RS y como sucedió en la V Legislatura en la que se aprobó la Ley orgánica sobre la interrupción voluntaria del embarazo, se observa una mayor predisposición por parte de la Cámara alta a plantear sus discrepancias con el Congreso a través del rechazo a la urgencia declarada por éste o por el Gobierno, y ello, con la pretensión de controlar la acción legislativa del Gobierno canalizada mediante proyectos de ley o bien a través de proposiciones de ley presentadas por los grupos parlamentarios que le sustentan en el Congreso.

Como consecuencia de la reforma del artículo 133 RS la Mesa del Senado ha visto ampliada sus atribuciones que ahora le permiten realizar una intervención más intensa en el procedimiento legislativo y, en particular, en los textos declarados urgentes, lo que va más allá de su función técnica para decidir sobre la admisibilidad de las iniciativas. Pero al mismo tiempo ello conlleva una mayor discrecionalidad de la Mesa en la medida en que queda habilitada para que pueda decidir por sí misma aplicar el procedimiento de urgencia en contra de la decisión del Congreso o, en su caso, del Gobierno; una decisión, que habitualmente se adopta por sujetos políticos y conforme a parámetros políticos. Ello se aparta de la configuración de los procedimientos legislativos abreviados en los que la decisión de aplicarlos queda atribuida a un órgano de naturaleza política como el Pleno (como sucede en la tramitación en lectura única o comisión con competencia legislativa plena), reservándose a la Mesa únicamente la facultad para proponer, pero no para disponer del procedimiento aplicable.

Por otro lado, detrás de esta reforma reglamentaria subyace el propósito de facilitar que el Senado pueda desvincularse de la modalidad de tramitación seguida por el Congreso, y acordada por una mayoría distinta de la del Cámara Alta. Pero, sobre todo, detrás de esta cuestión parece deducirse la pretensión de establecer límites a la facultad del Gobierno (y de la mayoría del Congreso que lo sustenta) para intervenir en el procedimiento legislativo. No obstante, no considero que la finalidad perseguida con la reforma del artículo 133 RS sea superar el bicameralismo imperfecto reformando el

[23] Sobre ello, pueden consultarse los datos estadísticos correspondientes al número de iniciativas legislativas tramitadas por el procedimiento de urgencia en el Senado en Gómez Lugo, Yolanda, *Los procedimientos legislativos especiales en las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008.

Reglamento parlamentario en lugar de hacerlo en el marco de una reforma constitucional, sino que más bien nos encontramos ante una estrategia política y coyuntural tendente a reforzar la intervención del Senado en el procedimiento legislativo y dotarle de instrumentos que le permitan hacer frente a los textos aprobados por un Congreso controlado por una mayoría parlamentaria distinta a la del Senado. A mi juicio, el problema reside en el riesgo de que la Mesa, apartándose de la función jurídico-técnica que le corresponde, pueda hacer un uso incorrecto de esta nueva atribución discrecional con pretensiones partidistas, esto es, con la intención de «frenar» u «obstaculizar» políticamente proposiciones de ley que hayan sido declaradas urgentes por el Gobierno o el Congreso de los Diputados.

Para concluir, cabe plantearse si la mayoría parlamentaria en el Senado no ha instrumentalizado la reforma del Reglamento como arma arrojadiza contra las iniciativas de los grupos parlamentarios del Congreso que sostienen al Ejecutivo, olvidando que nuestra jurisprudencia constitucional ha vinculado la facultad gubernamental de declarar la urgencia al ejercicio de la función de dirección política del Gobierno, configurándola como una técnica de agilización procedimental a su disposición. Y es que no puede olvidarse, como apunta la profesora Biglino Campos, que en nuestro sistema parlamentario el Gobierno no solo impulsa el procedimiento legislativo mediante la presentación de proyectos de ley, sino que también «está presente en su tramitación mediante facultades tales como la declaración de urgencia»[24].

[24] Véase Biglino Campos, Paloma, «Veinticinco años de procedimiento legislativo», *Revista de Derecho Político,* 58-59, 2003-2004, p. 456.

CAPÍTULO 13

RELACIÓN DE CONFIANZA GOBIERNO - PARLAMENTO: ¿NECESIDAD DE REFORMAS EN EL TÍTULO V DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA[1]

Isabel M. Giménez Sánchez
(Universidad Autónoma de Madrid)
Profesora Titular de Derecho Constitucional

1. La relación de Gobierno y Parlamento en un sistema hiperfragmentado y dividido en bloques

Si hay un aspecto que determina la forma de gobierno es la relativa a las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento. Por ello, hablar de relaciones entre Gobierno y Parlamento es algo más que tratar las relaciones entre dos instituciones del Estado: es determinar cómo se articula uno de los principios básicos del Estado de Derecho, el principio de separación de poderes y también (o, más bien, ante todo) de la determinación de la forma de gobierno. En nuestra Constitución se dedica un título —el V— a esta cuestión, «De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales» (arts. 108-116). No obstante, podría decirse que no toda la regulación de dichas relaciones se encuentra recogida en dicho título (también podemos encontrar alguna otra repartida en el título dedicado al Gobierno —ej. art. 99—, en el dedicado a las Cortes Generales —art. 66— o, incluso, en el de Economía y Hacienda —art. 134—) y que no todo lo regulado en dicho Título se limita a las relaciones entre ambas instituciones (como ya se verá, el art. 116, referido a los estados de alarma, excepción y sitio).

Nuestra forma parlamentaria de gobierno responde al tipo de parlamentarismo racionalizado, que el constituyente importó desde la Constitución alemana. Como es bien sabido, el principal objetivo de este modelo es el de favorecer la permanencia de los ejecutivos y evitar así la inestabilidad que provocan los frecuentes cambios de Gobierno, pues se entiende que esto, a la larga, supone un riesgo de debilitamiento del sistema. Así, si en Alemania se intentaba conjurar el recuerdo de la República de Weimar, en nuestro

[1] *La recuperación del consenso constituyente como presupuesto y garantía de eventuales reformas: perspectivas de éxito y desafíos pendientes* PID2021-123730OB-I00.

caso era el referente de la II República o el más cercano antimodelo de Italia, donde la duración media de los sucesivos gobiernos no ha llegado al año y medio.

De este modo, básicamente, el Título V de nuestra Constitución es una concreción de distintas manifestaciones de esta específica manifestación del parlamentarismo: la capacidad del Gobierno de disolver las cámaras y el plazo de un año antes de unas nuevas elecciones; el propio alcance de sus competencias sobre los presupuestos generales del Estado; la previsión de dos únicas vías de exigencia de responsabilidad política directa al Gobierno; la moción de censura constructiva, que exige que el Congreso de los Diputados alcance un acuerdo en positivo para proponer un sustituto al presidente censurado; la exigencia de su adopción por mayoría absoluta; el requisito de un número mínimo de diputados para su presentación (al menos 1/10 parte del Congreso), que además no podrán presentar otra en el mismo período de sesiones; el llamado período de enfriamiento (no podrá ser votada hasta después de cinco días desde su presentación); la mera exigencia de una mayoría simple para considerar superada la cuestión de confianza...

Otra cuestión distinta será la de determinar si estas medidas han logrado su objetivo de estabilizar los gobiernos. *A priori* cabría afirmar que estos mecanismos no son útiles cuando los gobiernos cuentan con un respaldo parlamentario mayoritario, pero pueden resultar de gran utilidad en parlamentos fragmentados. Así, en las primeras décadas de nuestra democracia, en un contexto bipartidista, estas medidas tendentes a asegurar la estabilidad fueron superfluas y en cambio redujeron el margen de control del Parlamento[2]. Por el contrario, en el actual contexto de fragmentación parlamentaria, estas medidas deberían operar en toda su extensión y, sin embargo, la realidad nos viene demostrando que esto no es así. Y es que, en último término, más bien cabría afirmar que los datos sugieren que la estabilidad gubernamental depende más de la fragmentación de la representación parlamentaria que del diseño institucional, bien que este puede contribuir a moderar ciertas prácticas o, por el contrario, a exacerbar las dificultades[3].

En el contexto de las mayorías hiperfragmentadas, el sistema parlamentario diseñado en la Constitución española resulta especialmente problemático: las dificultades para formar mayorías de gobierno se han vuelto más pronunciadas con la diversificación del sistema de partidos, especialmente desde las elecciones de 2015[4]. Esta fragmentación ha llevado a situaciones de bloqueo institucional, donde la formación de un gobierno se

[2] Delgado Sotillos, Irene. «La formación de gobiernos en sistemas multipartidistas: la paradoja del caso español». *Teoría y realidad constitucional* 45, 2020, pp. 261-290.

[3] Sánchez Medero, Gema; Pastor Albaladejo, Gema, y Ruiz Rodríguez, Leticia M., «La relación entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados en España (1989-2019)», *Revista española de derecho constitucional,* 124, 2022, pp. 107-139.

[4] Como admite Revenga, esta situación ha «alterado profundamente la percepción que teníamos hasta ahora del funcionamiento de nuestro sistema parlamentario». Revenga Sánchez, Miguel, «La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 109, 2017, p. 99.

vuelve una tarea ardua y prolongada[5]. Sin embargo, a pesar de estas innegables dificultades, no necesariamente cabe concluir que el problema radique en el diseño constitucional. Antes bien, este bloqueo podría ser un reflejo de la cultura política actual, que carece de la mínima disposición para la negociación y el pacto necesarios en un entorno multipartidista.

El Parlamento español, en teoría, debería funcionar como un espacio para la negociación y el consenso, permitiendo así la formación de gobiernos de coalición o acuerdos puntuales para la gobernabilidad. Sin embargo, la práctica muestra que la cultura política predominante es de confrontación y crispación, que ha dado lugar a la sustitución del bipartidismo por el «bibloquismo»[6]. Este ambiente, acentuado por conflictos regionales y una política cada vez más condicionada por las redes sociales y con preocupantes tendencias al populismo, dificulta enormemente los acuerdos entre partidos[7]. Y, a su vez, esa incapacidad para generar una cultura política de cooperación y flexibilidad se traduce en inestabilidad y dificultad para llevar a cabo reformas significativas.

Por otro lado, es importante reconocer la divergencia entre el modelo parlamentario originalmente diseñado por el constituyente y la práctica política real, en la que el Ejecutivo asume un papel central que no se corresponde ciertamente con el modelo dibujado en la Constitución. En este sentido, algunos autores llegan a calificarlo de cambio de forma de Gobierno y denuncian que en los últimos años la situación se ha exacerbado hasta el punto de hacerse inadmisible[8].

Es cierto que algunos defectos de los señalados venían de atrás, como la conversión de nuestro parlamentarismo en una práctica de parlamentarismo presidencialista, donde el gobierno como órgano ha sido absorbido por la figura de su presidente y el Parlamento ocupa un papel secundario, resultando así que el Presidente del Gobierno acaba

---

[5] De Lázaro Redruello, Guillermo, «¿Parlamentarismo sin mayorías o parlamentarismo «sin Gobierno»?», *Revista de Estudios Políticos,* 182, 2018, pp. 129-157.

[6] A «la luz de todos los movimientos habidos en la política española desde esa cesura que significó la crisis económica, se puede afirmar que hemos entrado en un nuevo paradigma político, en el posbipartidismo, marcado por el bibloquismo y la polarización». Vallespín, Fernando, «¿Manda Sánchez o manda Iglesias?», *El País*, 15/11/2020.

[7] Unos problemas, de otro lado, compartidos por la institución parlamentaria en otros sistemas. Biglino Campos, Paloma, «Malos tiempos para los parlamentos», *Cuadernos Constitucionales*, 2, 2021, pp. 31-45.

[8] «Asistimos, desde el año 2016, a un declive de nuestro sistema parlamentario, que se ha agudizado gravemente en la actualidad. Es cierto que algunos defectos ya venían de atrás, como el de la conversión de nuestro parlamentarismo de presidente del gobierno en una práctica de parlamentarismo presidencialista mediante la cual el gobierno como órgano dejaba de tener relevancia propia, absorbido por la persona de su presidente que, al mismo tiempo, se presentaba más como presidente de la nación que como mero presidente del poder ejecutivo, aparentando una especie de jefatura del Estado que no le corresponde a él, sino al Rey. Esta práctica, poco a poco acentuada desde 1982, y que he venido denunciando por contraria a lo que la Constitución dispone, aunque supuso, al mismo tiempo, un desfallecimiento del control parlamentario del gobierno, no perturbó gravemente, de todos modos, la estructura y el funcionamiento del Estado. A partir de 2016 aquella anomalía adquirió mayor extensión y gravedad hasta desfigurar, por completo, nuestro parlamentarismo constitucional». Aragón Reyes, Manuel, «La decadencia de nuestro parlamentarismo», *El notario del siglo xxi: revista del Colegio Notarial de Madrid,* 100, 2021, pp. 16-19.

ostentando un poder político muy superior al previsto en la Constitución. Además, se comprueba que en la actual situación de fragmentación política, donde más debería potenciarse el rol de Parlamento, su capacidad de debate y de expresión del pluralismo político, en la práctica no está ocurriendo así, de modo que la propia situación de bloqueo político acaba conduciendo a la mayor debilidad del mismo, pues el Ejecutivo tiende a emplear todo tipo de mecanismos para eludirlo, por lo que algunos autores hablan de Parlamento «diluido» o «difuminado»[9].

Precisamente, es esta elusión del Parlamento lo que, paradójicamente, ha permitido la estabilidad del Gobierno en un contexto de Parlamento fragmentado (hiperfragmentado, en realidad). Así, si bien tendencialmente los parlamentos fragmentados conllevan un mayor riesgo de inestabilidad, lo cierto es que esa ecuación no siempre es cierta: tenemos casos como el alemán, donde la solución se ha articulado a través de la formación de una gran coalición con los dos partidos mayoritarios, dando lugar a una amplia mayoría parlamentaria. Pero también podría corroborarlo aquí en España la anterior legislatura (la XIV), en la que con un Gobierno de coalición, pero muy minoritario, que contaba con tan solo 153 diputados y sin embargo logró prácticamente agotar la legislatura (que en todo caso no ha sido por falta de apoyos parlamentarios) y lo que resulta aún más meritorio, aprobar durante tres años consecutivos los Presupuestos Generales del Estado[10].

Por otro lado, la mediatización de los partidos políticos constituye un factor determinante que frecuentemente se pasa por alto en los modelos teóricos, pero que, en la práctica, condiciona el funcionamiento y el entendimiento del sistema parlamentario. En efecto, puede afirmarse que no son las instituciones, sino los partidos, los verdaderos artífices de las decisiones políticas. Los líderes de los partidos ubicados en el Gobierno, especialmente el Presidente, seleccionan a los miembros del Ejecutivo. Así, es el Gobierno, y particularmente su Presidente, quien en última instancia dicta las decisiones, relegando al Parlamento a un rol de mera correa de transmisión o de obstáculo incómodo que debe ser sorteado. Esto puede comprobarse con facilidad en la actual situación política, en la que puede distinguirse la relación del Gobierno con la mayoría que lo apoya, de la relación del Gobierno con los restantes grupos parlamentarios.

[9] Gómez Corona, Esperanza, «La "desparlamentarización" del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un Parlamento diluido», *Revista de Derecho Político*, 111, 2021, pp. 109-136; Ruiz Robledo, Agustín, «El parlamentarismo difuminado español comparado con los modelos del parlamentarismo racionalizado», *Revista de las Cortes Generales,* 115, 2023, pp. 63-88.

[10] Montilla Martos, José Antonio, «Parlamentarismo en España: algunas revisiones necesarias», *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* 38, 2022.

1.1. Relación con el grupo mayoritario que sostiene al Gobierno

Así, el grupo mayoritario que apoya al Gobierno se convierte, en muchos casos, en una prolongación del propio Ejecutivo, funcionando de manera coordinada y subordinada a las directrices gubernamentales. Esta dinámica se observa en la escasez de iniciativas legislativas propias de los partidos que forman parte de este grupo, de modo que incluso las proposiciones de ley provenientes de los partidos de la mayoría suelen originarse en el Gobierno, respondiendo a sus intereses y prioridades, más que a una iniciativa autónoma de los grupos parlamentarios que lo sostienen[11]. Este fenómeno se manifiesta, por ejemplo, en la costumbre no escrita de que la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) sea elaborada o reformada exclusivamente por el Parlamento. Este proceder permite que el Gobierno evite implicarse directamente en cuestiones políticamente sensibles, delegando en el grupo parlamentario la responsabilidad de presentar y tramitar estas reformas. Además, esta relación entre el grupo mayoritario y el Gobierno puede llegar a rozar el fraude de ley en la práctica legislativa, en aquellas ocasiones en que se utilizan los procedimientos parlamentarios para eludir los requisitos formales y los informes necesarios durante la tramitación de leyes[12].

Ciertamente, cuando el Gobierno se conforma por una coalición, como ocurre en la situación política actual, la relación entre el Ejecutivo y el grupo mayoritario en el Parlamento se vuelve aún más compleja. Las diferencias ideológicas y estratégicas entre los partidos coaligados pueden generar discrepancias y deslealtades, que inevitablemente se reflejan en la actividad parlamentaria. En estos casos, el Parlamento puede convertirse en un campo de batalla donde los partidos de la coalición muestran su fuerza y autonomía frente a sus socios de gobierno. Sin embargo, a pesar de estas tensiones, no es habitual que los diputados o senadores de los partidos de la coalición actúen de manera completamente autónoma en contra del Gobierno. La norma general es que sigan la línea establecida por el Ejecutivo, manteniendo la cohesión y la disciplina de partido, salvo en situaciones excepcionales y episódicas donde las discrepancias alcanzan un nivel insostenible.

[11] Lo que García Escudero denomina «segunda marca» del Gobierno. *Vid*. García-Escudero Márquez, Piedad, «Encuesta sobre nuevas dinámicas en la forma de gobierno», *Teoría y realidad constitucional,* 52, 2023, p. 61.

[12] Un caso emblemático de esta práctica es el de las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), donde se ha utilizado esta vía para acelerar los trámites legislativos, evitando así la necesaria evaluación y debate de las propuestas. En la última reforma, en julio de 2023, fue el propio CGPJ el que solicitó al Congreso que pidiera los informes no solo del propio Consejo, sino también de la Comisión de Venecia.

1.2. Relación con el resto de los grupos

Cuando el Gobierno no dispone de una mayoría absoluta, se ve obligado a pactar con otros grupos parlamentarios a la hora de sacar adelante los proyectos de ley, pero en un sistema tendente al bloqueo esta necesidad de negociar se percibe a menudo como un obstáculo por parte del Gobierno, que tiende a evitarlo todo lo posible para agilizar los procesos legislativos y evitar concesiones que puedan debilitar su posición. Un ejemplo claro de esta dinámica se observa en la tramitación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE), donde una misma partida presupuestaria puede ser objeto de votación en múltiples ocasiones. Esto requiere la realización de nuevos pactos en cada una de estas votaciones, lo que convierte el proceso en una serie de negociaciones continuas. En estos trámites, la intención no es tanto mejorar el texto de la ley o las cuentas públicas, sino más bien intentar negociar en cada votación para obtener contrapartidas políticas y beneficios específicos en cada una de ellas.

En este contexto, durante los últimos años, la utilización del llamado veto presupuestario por parte del Gobierno ha cobrado una relevancia notable como mecanismo para bloquear iniciativas legislativas de la oposición, en un contexto político caracterizado por la conformación de gobiernos minoritarios o de coalición. Tradicionalmente, la mayoría parlamentaria que sustentaba al Gobierno empleaba otros mecanismos parlamentarios para rechazar dichas iniciativas, sin embargo la fragilidad de las mayorías parlamentarias en las legislaturas recientes ha impulsado al Gobierno a recurrir con mayor frecuencia a esta facultad, dando lugar a numerosos recursos de amparo e incluso a un conflicto entre órganos constitucionales[13]. Esto ha permitido al Tribunal Constitucional desarrollar una doctrina al respecto que, no obstante, no ha conseguido acabar con el ejercicio recurrente del veto presupuestario por el Gobierno, evidenciado de manera notable durante la XIV Legislatura (2019-2023) en relación con las proposiciones de ley del Senado. En el fondo, este recurso constante al veto presupuestario refleja la inseguridad del Ejecutivo respecto de resultados indeseados en las votaciones parlamentarias y, en última instancia, conlleva una restricción de las facultades legislativas de las Cámaras.

Otra muestra de prácticas filibusteras es el uso de la Mesa del Congreso para paralizar proposiciones legislativas, dejándolas después en un limbo legislativo al prolongar indefinidamente los plazos para la presentación de enmiendas sin llegar a discutir el texto[14].

[13] Giménez Sánchez, Isabel M., «Evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de «veto presupuestario» del Gobierno», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 118, 2020, pp. 273-305.

[14] https://www.democrata.es/demodata/plazos-de-enmiendas-la-delgada-linea-entre-ordenar-la-actividad-de-la-camara-y-el-filibusterismo/

Pero incuestionablemente el gran problema que especialmente en los últimos tiempos desvirtúa completamente el ejercicio de la función legislativa por parte del Parlamento es el abuso de la figura del decreto ley. Este instrumento se utiliza con frecuencia para sortear el debate y la negociación parlamentaria, lo que pone en cuestión la transparencia y la calidad democrática del proceso legislativo[15]. En último término, el uso reiterado del decreto ley y la prolongación indefinida de los plazos de enmiendas son síntomas de un sistema parlamentario que, en ocasiones, se ve más orientado hacia el bloqueo y la negociación táctica que hacia el desarrollo efectivo y consensuado de la legislación. Unos problemas que resultan particularmente acuciantes en un contexto de multipartidismo, donde la fragmentación política y la necesidad de coaliciones hacen que la negociación y el acuerdo sean elementos fundamentales pero, al mismo tiempo, fuentes de constante tensión y conflicto[16].

2. La relación de confianza: la investidura

Por otro lado, la crisis política acaecida durante la legislatura frustrada de 2016 en España ha sido objeto de diversos análisis, en los cuales se han señalado múltiples causas y se han propuesto diferentes soluciones para evitar que situaciones similares se repitan en el futuro. En este contexto, algún autor ha afirmado que la causa de la crisis política de la legislatura frustrada de 2016 fue el deficiente diseño constitucional de la institución de la investidura[17], si bien la mayoría de la doctrina considera, por el contrario, que las dificultades suscitadas no provienen tanto de la normativa existente, como de la distribución de las fuerzas políticas y su disposición al acuerdo (o más bien de la falta de ella). En este sentido, parece que, con alguna excepción, existe un cierto consenso doctrinal a la hora de entender que las dificultades para formar Gobierno en 2016 no se deben tanto a fallos en el diseño constitucional, sino más bien a la configuración del panorama político y la falta de voluntad de las fuerzas políticas para alcanzar acuerdos. Se explica, pues, la crisis de 2016 entendiendo que esta estuvo marcada por una notable fragmentación del Congreso de los Diputados y con la consecuente incapacidad de los partidos para forjar coaliciones o acuerdos de gobernabilidad, lo que llevó a un bloqueo

[15] Sobre esta cuestión coinciden casi todos los autores. Por todos, ver centrado en esta cuestión específica Gómez Lugo, Yolanda, «Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 126, 2022, pp. 155-187. Menos crítico, sin embargo, se muestra Giménez Gluck, quien considera que en un contexto de bloqueo político, el decreto-ley constituye la única posibilidad real de legislar. *El gobierno hiperminoritario (y su relación con el Parlamento)*, Tirant lo Blanch, 2019.

[16] Torres del Moral, Antonio, *Estado de derecho y democracia de partidos: una teoría del Estado constitucional contemporáneo*, Universitas, 2022, p. 132.

[17] De Lázaro Redruello, Guillermo, «¿Parlamentarismo sin mayorías o parlamentarismo "sin Gobierno"?», *Revista de Estudios Políticos,* 182, 2018, p. 133.

institucional sin precedentes. La cuestión es, sin embargo, qué hacer ante una perspectiva de persistencia del fenómeno.

Con respecto a la regulación de la investidura, diversos sectores académicos y políticos han propuesto modificaciones a la institución con el fin de mejorar su funcionamiento y evitar futuras crisis. Estas propuestas se pueden agrupar fundamentalmente en dos grandes categorías: las que se refieren a la intervención del Rey en el procedimiento de investidura y las que sugieren cambios en el modelo de votación de la investidura.

En relación con la intervención del Rey en el proceso, se han formulado sugerencias que van desde ampliar el margen de decisión del Rey hasta sustituir su capacidad de decisión por la intervención del Presidente del Congreso de los Diputados[18] o incluso de la Mesa del Congreso[19]. No obstante, estas propuestas, aunque minoritarias, implicarían un cambio radical en la naturaleza de las funciones atribuidas a estos órganos, lo cual podría generar más problemas de los que pretende resolver. De hecho, la intervención del Rey en el procedimiento de investidura está diseñada para ser una función neutral y moderadora, y alterar esta disposición podría desestabilizar aún más el sistema político[20].

Otra propuesta pensada para momentos complicados es la adopción del modelo de investidura negativa o automática, diseñado para facilitar la formación de gobierno en parlamentos altamente fragmentados, donde obtener una mayoría absoluta puede ser difícil. En este sistema, se invierte el proceso habitual de investidura positiva, en el que un candidato necesita una mayoría de votos a favor para ser investido[21]. Implicaría, básicamente, optar por un modelo de votación parecido al establecido en la elección del Presidente del Congreso[22], o como los existentes en las Comunidades Autónomas de País Vasco[23] o Asturias[24].

---

[18] Aragón Reyes, Manuel, «Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 109, 2017, p. 23; López Rubio, Daniel, «La investidura del Presidente del Gobierno: un análisis a la luz de la experiencia reciente». *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad,* 13, 2017, p. 171.

[19] Bar Cendón, Antonio, «Comentario al artículo 99 de la Constitución». En Ó. Alzaga (ed.), *Comentarios a la Constitución Española de 1998*, Edersa, Madrid, 1998, p. 272.

[20] Belda Pérez-Pedrero, Enrique, «Investidura del Presidente del Gobierno y función ordenadora de la Presidencia del Congreso», *Revista General de Derecho Constitucional*, 27, 2018.

[21] Giménez Gluck, David, «El bloqueo, evitable, de la formación del gobierno: una propuesta de reforma del procedimiento de investidura», *Revista de Derecho Político,* 99, 2017, p. 317.

[22] Según el artículo 37 RCD, en la elección del Presidente, cada Diputado escribe solo un nombre de papeleta, resultando elegido el que obtenga la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, o en segunda votación, ya solo entre los dos más votados, el que haya logrado más votos.

[23] Artículo 165.11 del Reglamento del Parlamento Vasco: «en la votación pública por llamamiento para la investidura, cuando hubiera más de un candidato a lehendakari, los parlamentarios, al ser llamados para la votación pública nominal, responderán con el nombre de uno de los candidatos, o bien declararán que se abstienen».

[24] Artículo 172 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias: En la votación pública por llamamiento de la investidura, «los Diputados responderán con el nombre de uno de los candidatos o responderá «me abstengo»», siendo proclamado Presidente el que obtenga mayoría absoluta en primera votación, o bien quien, en las sucesivas votaciones obtenga el mayor número de votos.

El problema de fondo de estos planteamientos deriva de la necesidad de reconocer que, si bien los parlamentos fragmentados pueden ofrecer una apariencia de inestabilidad, en último término la clave de la estabilidad está en la investidura, ya que permite predecir la relación de confianza entre el Gobierno y el Congreso[25]. Así, si una investidura no ofrece una mayoría estable, las probabilidades de un gobierno inestable se multiplican, tal como ocurrió en la XII Legislatura cuando el Presidente Rajoy logró la abstención gracias no al apoyo de las fuerzas parlamentarias, sino a la abstención de una parte del grupo parlamentario socialista, resultando posteriormente en una parálisis de la actividad legislativa y la aprobación de una moción de censura.

En otro orden de cosas, también se han formulado propuestas más modestas, enfocadas en cuestiones más concretas y procedimentales. La más importante de ellas se refiere a colmar la laguna que impide que el sistema opere cuando no pueden cumplirse las previsiones constitucionales, como cuando nadie se presenta como candidato ante el Congreso para obtener la confianza, lo que impide el inicio del plazo del artículo 99.5 CE para la convocatoria de nuevas elecciones[26]. Asimismo, se han sugerido propuestas para establecer plazos más precisos tanto para que el Rey comience la ronda de consultas como para que el Presidente del Congreso convoque el debate de investidura. Actualmente, no existen plazos específicos establecidos por la Constitución española para estos procedimientos, lo que se denuncia que puede generar incertidumbre y retrasos en la formación de un nuevo gobierno. En este sentido, se ha señalado la necesidad de introducir tiempos concretos para agilizar el proceso y garantizar una mayor eficiencia en la transición gubernamental. También en relación con la ronda de consultas que realiza el Rey con los líderes de los partidos políticos, se ha planteado la necesidad de fijar un plazo específico para su inicio tras la celebración de las elecciones. De hecho, esta es la propuesta que más adhesiones concita, ya que efectivamente se trata de colmar un vacío no previsto por el ordenamiento: si bien es cierto que hay algunos autores que consideran que el candidato más votado está obligado a presentar candidatura[27], esto resulta

[25] Montilla Martos, José Antonio, «Parlamentarismo en España: algunas revisiones necesarias», *op. cit.*

[26] En el Dictamen 1985/2003 del Consejo de Estado sostenía que el período de dos meses para la disolución de la Asamblea y la convocatoria de nuevas elecciones comienza a contarse cuando se constata la imposibilidad de proponer un candidato. Si, después de quince días desde la constitución de la Asamblea, no hay ningún candidato viable, este hecho debe ser comunicado al Pleno de la Asamblea por su Presidente y dicha comunicación tendría el mismo efecto que una votación de investidura fallida. Sin embargo, el proceso de repetición de elecciones utilizado en la Comunidad de Madrid tras el llamado «tamayazo» en 2003 no puede aplicarse al Parlamento nacional debido a diferencias en la normativa. En el caso de Madrid, el reglamento de la Asamblea regional establece un plazo de 15 días para presentar un candidato a la investidura. Si no se presenta ningún candidato, comienza un período de dos meses al final del cual, si aún no se ha investido a un presidente, se convocan nuevas elecciones. Por el contrario, ni la Constitución española ni el Reglamento del Congreso de los Diputados prevén este plazo inicial de 15 días ni la posibilidad de que no se presente ningún candidato a votar. Por lo tanto, el modelo madrileño no puede servir como precedente para disolver las Cortes Generales sin pasar por un proceso de investidura formal con candidatos concretos.

[27] Gómez Corona, Esperanza, *cit.,* 111, 2021, pp. 118-119.

muy discutible, dado que no cabe derivar un deber jurídico de aceptar el cargo, por mucho que sí pueda entender de existe un deber político.

Por otro lado, la convocatoria del debate de investidura por parte del Presidente del Congreso también ha sido objeto de cuestionamiento doctrinal. Algunos autores consideran que debería estipularse un plazo más corto para esta convocatoria, evitando así prolongar la incertidumbre y permitiendo una resolución más rápida de la investidura, ya que se considera que, actualmente, el Presidente del Congreso tiene un margen considerable para fijar la fecha del debate, lo que puede resultar en demoras innecesarias. Además, se ha criticado que el período entre la celebración de las elecciones y la constitución de la Cámara resulta excesivamente largo, pues esta fase intermedia puede extenderse hasta un mes, lo que algunos autores consideran innecesario y perjudicial para la operatividad del nuevo gobierno. En definitiva, reducir este lapso —defienden— permitiría una constitución más rápida de la Cámara y un inicio más ágil de los trabajos parlamentarios, contribuyendo a una mayor estabilidad y continuidad en la gobernanza del país[28]. Este enfoque busca promover la dinámica de negociación y construcción de consensos, elementos esenciales en un sistema parlamentario fragmentado[29] ante la posibilidad de que el candidato propuesto no tenga, al tiempo de su designación como tal, cerrados los acuerdos necesarios para lograr la investidura. Esta práctica ha sido observada en diversas ocasiones en la historia política reciente de España, donde la fragmentación del Parlamento ha dificultado la obtención de mayorías claras y ha requerido negociaciones posteriores a la propuesta inicial del candidato. La decisión del Rey, en estos casos, tiene un significado específico y relevante, ya que, al proponer a un candidato que aún no ha asegurado los apoyos necesarios, el monarca fomenta la puesta en marcha de los trabajos necesarios para lograr esos acuerdos por parte del líder que, a la luz de las informaciones extraídas en las consultas, más opciones tenga de lograrlos.

Sin ir más lejos, en la práctica reciente, tras las elecciones generales de 2015, 2019 y 2023 el Rey propuso candidatos que no contaban con una mayoría asegurada en el Congreso de los Diputados. En todos estos casos, la designación sirvió para iniciar procesos intensivos de negociación entre los partidos políticos, con el objetivo de alcanzar los acuerdos necesarios para la investidura. Por ello, este procedimiento no solo respeta la práctica constitucional, sino que también reconoce la realidad política del Parlamento fragmentado, donde ningún partido puede gobernar en solitario y se requieren acuerdos y coaliciones. Además, esta práctica subraya el papel del Rey como facilitador y árbitro en el proceso político, ayudando a canalizar la voluntad popular expresada en las urnas hacia la formación de un gobierno estable. La propuesta de un candidato sin los

[28] Blanco Valdés, Roberto, «El año que vivimos peligrosamente: del bipartidismo imperfecto a la perfecta ingobernabilidad», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 109, 2017, p. 92.

[29] López Rubio, Daniel, «La investidura del Presidente del Gobierno: un análisis a la luz de la experiencia reciente», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad,* 13, 2017, pp. 175 y ss.

acuerdos cerrados obliga a los partidos a comprometerse y a trabajar activamente en la búsqueda de apoyos, promoviendo la estabilidad y la gobernabilidad a través del diálogo y la negociación. Y para todo ello, parece inevitable gozar de un plazo suficiente que permita lograr los acuerdos requeridos.

3. Los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política del Gobierno

En cuanto a los mecanismos de exigencia de responsabilidad política del Gobierno, nuestro sistema político responde a los rasgos del parlamentarismo racionalizado, con mecanismos de protección que aseguran la estabilidad del sistema. La moción de censura y la cuestión de confianza actúan no solo como mecanismos del Parlamento para exigir responsabilidad política al Gobierno, sino también para evitar crisis de gobierno, reforzando la posición del Ejecutivo. Sin embargo, en los últimos tiempos, las fuerzas parlamentarias minoritarias han defendido el respeto a la voluntad política de los ciudadanos manifestada en las urnas, controlando la acción del Gobierno y forzando la disolución de las Cámaras mediante la aprobación o el rechazo de los Presupuestos, que en la práctica acaba siendo la auténtica prueba de fuego de la relación de confianza[30].

3.1. La moción de censura

Ciertamente, la moción de censura constructiva es un mecanismo parlamentario clave en el parlamentarismo racionalizado.

[30] Aunque se pudiera considerar que, desde consideraciones políticas, se dan unas circunstancias que hacen aconsejable la disolución de las Cámaras, como medio de solventar eso que se ha dado en denominar «bloqueo institucional», lo cierto es que legalmente no existe tal obligación por parte del Presidente del Gobierno. No obstante, ello no implica que el Gobierno se vea ya exento de la competencia-obligación de presentar un proyecto de Ley de Presupuestos para su aprobación por las Cámaras. Creo, y lo he sostenido en varias ocasiones, que de la propia regulación que la Constitución articula sobre el instituto de la prórroga automática se desprende claramente —como seguidamente nos ocuparemos— que ésta es una solución transitoria y extraordinaria («hasta la aprobación de los nuevos») y, por encima de todo, deberá llevarse a cabo la interpretación más conforme a la Constitución, por cuanto el artículo 1.3º CE define la forma política del Estado español como una Monarquía parlamentaria. Todo lo cual nos lleva a considerar el rechazo a los Presupuestos como la más grave muestra de desconfianza parlamentaria (al margen de los mecanismos explícitos ya mencionados), lo cual ciertamente impide que el Gobierno se muestre indiferente ante esta situación. Consideramos, por consiguiente, que ante un eventual rechazo parlamentario de los Presupuestos, el Ejecutivo tiene ante sí dos opciones: la primera, considerarlo como una muestra de que ya no cuenta con la confianza del Parlamento para continuar realizando su proyecto de gobierno y, en consecuencia, proceder a la disolución de las Cámaras y convocar nuevas elecciones. O bien, también cabe la alternativa de proceder a ajustar el Proyecto de Ley de Presupuestos, adaptándolo a las exigencias del Parlamento. Lo que no es admisible en ningún caso, en mi opinión, es no presentar el proyecto de LPGE, cuestión esta que probablemente exigiría una mayor explicitación en la Constitución, para evitar interpretaciones interesadas. *Vid*. Giménez Sánchez, Isabel M., «La función económico-presupuestaria del Congreso de los Diputados», *Revista de las Cortes Generales,* 113, 2022, pp. 223-4.

Por otra parte, de ser un instituto prácticamente inutilizado, hemos pasado en menos de cinco años a ver como se presentaban cuatro mociones de censura: tres «testimoniales» y otra que prosperó (frente a las otras dos en casi cuarenta años, las de 1980 y 1987). Este cambio se debe en gran parte a la creciente fragmentación del panorama político, que ha facilitado la presentación de mociones de censura, aunque sigue siendo un procedimiento difícil y complejo que fomenta la estabilidad gubernamental.

La moción de censura, regulada en el artículo 113 de la Constitución Española, se presenta como un instrumento para exigir responsabilidad política al Gobierno. Este mecanismo no solo implica un juicio negativo sobre la gestión del Ejecutivo, sino que, debido a su carácter constructivo, también debe incluir un candidato alternativo a la Presidencia del Gobierno. Esta dualidad asegura que cualquier intento de destituir al gobierno actual esté acompañado de una alternativa viable, lo cual reduce la probabilidad de crisis políticas prolongadas y asegura una continuidad en el liderazgo gubernamental.

Fernando Simón ha descrito la función latente de las mociones de censura como un mecanismo que, aunque rara vez se utiliza para cambiar efectivamente al gobierno, sirve como una herramienta de control y balance político[31]. Sin embargo, este efecto se había diluido en las décadas pasada, no tanto debido al diseño constitucional, sino a lo que podríamos dar en llamar el llamado «efecto Hernández Mancha», por el que las mociones habían dejado de utilizarse como meras herramientas testimoniales sin verdaderas posibilidades de éxito por el temor de que los efectos acabaran volviéndose contra el candidato proponente.

En cuanto a la propuesta de programas por parte de los candidatos en una moción de censura, la Constitución no establece una obligación explícita para que el candidato presente un programa detallado. Este aspecto difiere del artículo 99 de la Constitución, que regula la investidura y exige una exposición clara del programa de gobierno. La ausencia de tal requisito en la moción de censura añade una capa de simplicidad a un proceso ya de por sí complejo, aunque algunos autores proponen una lectura más estricta, precisamente para evitar las mociones instrumentales.

En resumen, la moción de censura en el contexto actual ha evolucionado de ser una herramienta rara vez utilizada a convertirse en un elemento más frecuente del juego político, especialmente en un entorno de creciente fragmentación parlamentaria[32]. Aunque su éxito sigue siendo difícil de alcanzar, su mera existencia y uso recurrente subrayan su importancia como mecanismo de control y balance en el sistema democrático español.

---

[31] Simón Yarza, Fernando, «De la investidura convulsa a la moción de espíritu destructivo», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 116, 2019, pp. 111-136.

[32] García-Escudero Márquez, Piedad, «Incidencia de la fragmentación parlamentaria en la confianza congreso-gobierno: investidura y censura», *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, pp. 147-171; Morales Arroyo, José María: «Parlamento fragmentado y su incidencia en la confianza Congreso-Gobierno: investidura y censura», en *II Jornadas Parlamentarias: El Parlamento fragmentado y la forma de gobierno, Congreso de los Diputados*, 2023, pp. 187-222.

3.2. La cuestíon de confianza

Por otro lado, la cuestión de confianza, aunque menos utilizada en la práctica, resulta, en su configuración constitucional, igualmente representativa del modelo de parlamentarismo racionalizado. Este mecanismo permite al Presidente del Gobierno solicitar explícitamente el apoyo del Parlamento para su programa o una declaración de política general. Sin embargo, su eficacia es limitada debido a que la iniciativa para plantearla recae exclusivamente en el Presidente, quien casi inevitablemente decidirá por razones de conveniencia política, sin que haya un supuesto constitucional que lo obligue a solicitarla.

Durante el proceso constituyente, se entendió que la cuestión de confianza serviría para renovar la confianza obtenida durante la investidura, similar a un voto de reafirmación de la confianza parlamentaria en el programa de gobierno. No obstante, el uso real de esta herramienta ha mostrado limitaciones, reflejando más la estabilidad política y el fortalecimiento de los partidos que un mecanismo activo de control parlamentario.

Por otra parte, en otros ordenamientos como el italiano o el francés, sobre para otorgar aún más poder al Ejecutivo, permitiéndole vincular la cuestión de confianza a la aprobación de proyectos de ley, como es el caso del artículo 49.3 de la Constitución francesa. Este artículo permite al Primer Ministro comprometer la responsabilidad del Gobierno sobre la aprobación de un proyecto legislativo, lo que constituye una poderosa herramienta para asegurar la estabilidad del Ejecutivo y la continuidad de sus políticas[33].

Es evidente, pues, que, pese a que, tanto la moción de censura como la cuestión de confianza, son mecanismos esenciales en el parlamentarismo racionalizado, diseñados para asegurar la estabilidad y la responsabilidad política, sin embargo, su eficacia y frecuencia de uso varían considerablemente, influidos por factores como la fragmentación política y la rigidez del sistema parlamentario.

4. Reflexiones finales

El diseño del parlamentarismo racionalizado en España, inspirado en modelos europeos como el alemán, ha buscado asegurar una mayor estabilidad política mediante mecanismos como la moción de censura constructiva y la cuestión de confianza. Aunque estos instrumentos han sido criticados por su complejidad y potencial para inercia

[33] Ver, para un análisis de un caso reciente, Carrillo, Marc, «Comprometer la responsabilidad del gobierno sobre una ley o la limitación de la potestad legislativa de la Asamblea nacional: el artículo 49.3 de la Constitución francesa a propósito de la fijación de la edad de jubilación», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 129, 2023, pp. 147-169.

política, su existencia responde a la necesidad de evitar crisis gubernamentales frecuentes y promover un gobierno más responsable y estable.

La evolución reciente del uso de la moción de censura en España muestra una dinámica política en transformación, donde las fuerzas parlamentarias deben negociar y consensuar más activamente, reflejando un paisaje político fragmentado. La cuestión de confianza, aunque menos utilizada, sigue siendo una herramienta clave que puede ser activada para reafirmar el liderazgo del Ejecutivo y la dirección política del país.

En conclusión, la relación entre el Gobierno y el Parlamento, especialmente en contextos de gobiernos de coalición o sin mayoría absoluta, está marcada por una serie de dinámicas complejas y a menudo conflictivas. La práctica de utilizar el grupo mayoritario como una extensión del Ejecutivo, el abuso del decreto ley y el uso estratégico de procedimientos parlamentarios para paralizar propuestas, son todas manifestaciones de que los problemas no se derivan necesariamente del diseño constitucional, sino más bien de la cultura política vigente. En definitiva, la práctica política actual, caracterizada por la confrontación y la falta de disposición para la negociación y el consenso, limita la eficacia del modelo parlamentario. No obstante, aunque una reforma constitucional podría abordar ciertos aspectos procedimentales —abordables en su mayoría a través de una reforma de los reglamentos parlamentarios—, es evidente que el cambio más urgente y significativo reside en fomentar una cultura política que valore el pacto y la cooperación. Solo así se podrá garantizar que el sistema parlamentario funcione de manera efectiva, incluso en un entorno político no ya fragmentado, sino claramente polarizado.

CAPÍTULO 14

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA DE ELECCIÓN DE LOS VOCALES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: ESTÁNDARES EUROPEOS, BLOQUEO EN SU RENOVACIÓN Y MEDIDAS DE DESBLOQUEO

Luis E. Delgado del Rincón
(Universidad de Burgos)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Introducción: Estado de derecho e independencia judicial

El constituyente, al calificar expresamente al judicial de poder, en el Título VI de la Constitución, quiso destacar ya su posición dentro de la organización constitucional del Estado y, en particular, su independencia respecto de los demás poderes. De acuerdo con los principios caracterizadores del Estado democrático de Derecho, la Constitución atribuye al poder judicial funciones relevantes cuyo ejercicio le han otorgado un protagonismo social y político, a veces no querido ni pretendido por sus integrantes. Como es sabido, el poder judicial es un poder que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, actúa por criterios estrictamente jurídicos, esto es, aplicando Derecho de forma motivada, al que, además, está sometido. El protagonismo que tiene el poder judicial en la actualidad se debe, entre otros motivos, a que los tribunales controlan la actuación legal del Gobierno y la Administración (art. 103.1 CE) y a que son un instrumento imprescindible para la defensa y protección de los derechos de los ciudadanos (art. 53.2 CE). De ahí que uno de los principios clave de nuestro Estado constitucional sea el de independencia judicial. Sobre él se asientan los demás principios que rigen el poder judicial y los que configuran el estatuto jurídico de sus miembros[1]. Es por ello que el constituyente lo enuncia ya en el apartado 1º del artículo 117 CE: «la justicia (...) se administra (...) por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes (...) y sometidos únicamente al imperio de la ley».

[1] Cfr., entre otros, Andrés Ibáñez, Perfecto, y Movilla Álvarez, Claudio, *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 55-66 y pp. 59-95 y 117-132; Díez-Picazo Giménez, Luis M., *Régimen constitucional del poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 19-31, y Montero Fernández, José Antonio, «El poder de los tribunales en la Constitución». En Recuerda Girela, Miguel A. (dir.), *El poder de los tribunales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 77-84.

Esta vinculación del juez a la ley, que es el significado primario de la independencia judicial, excluye toda injerencia externa (de otros poderes) o interna (del propio poder judicial), mediante órdenes, instrucciones o presiones, en el desempeño de la función jurisdiccional. Ahora bien, dicho significado incluye también el deber del juez de sujetarse al sistema de fuentes establecido, de tal modo que, si se aparta de él, incurrirá en responsabilidad. Hay que recordar igualmente que la independencia judicial es absoluta, ya que, según establece el artículo 13 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ), «todos están obligados a respetar la independencia de los jueces y magistrados». El término «todos», comprende no solo a los particulares o a los medios de comunicación social, por las posibles presiones que puedan ejercer sobre el juez en el ejercicio de la jurisdicción, sino que se dirige también a los órganos de los poderes legislativo y ejecutivo. En particular al Gobierno, ya que históricamente una de las preocupaciones del constitucionalismo ha sido la de liberar al judicial de la dependencia del poder ejecutivo[2]. Pero el vocablo «todos» se extiende, además, a los propios tribunales y a los órganos de gobierno del poder judicial, incluido el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Institución que paradójicamente se crea para preservar la independencia judicial frente al poder ejecutivo, asumiendo competencias que anteriormente estaban en manos del Gobierno, que podía «enturbiar» la independencia de los jueces (STC 108/86, de 29 de julio, FJ 8).

Para tutelar la independencia judicial, los jueces y magistrados que se sientan perturbados en el ejercicio de su función podrán ponerlo en conocimiento del CGPJ, dando cuenta incluso de los hechos «al juez o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado» (art. 14.1 LOPJ). Asimismo, el «Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial» (art. 14.2 LOPJ).

Introduzco estas consideraciones generales sobre el poder judicial, su independencia y algunos mecanismos de protección, ante el surgimiento en los últimos años de acontecimientos que están comprometiendo directa o indirectamente el principio de independencia judicial. Estos episodios han puesto de relieve otro fenómeno aparecido décadas atrás, el de la apertura del poder judicial a la integración europea. Hoy en día, en la regulación de este poder hay que tener en cuenta, además de las normas constitu-

[2] *Vid.*, por todos, Requejo Pagés, Juan L., *Jurisdicción e independencia judicial*, CEPC, Madrid, 1989, pp. 97 y ss.; Martínez Alarcón, María L., *La independencia judicial*, CEPC, Madrid, 2004, pp. 39 y ss.; Bustos Gisbert, Rafael; López Aguilar, Juan F.; Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, y Rodríguez-Díaz Vergara, Pablo, «Encuesta sobre la independencia del poder judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 2016, pp. 15-58; Sosa Wagner, Francisco*, La independencia del juez ¿una fábula?. Un relato escrito para personas curiosas y legas,* La Esfera de los Libros, Madrid, 2016, pp. 11 y ss.; Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, Reus, Madrid, 2018, pp. 119-152; Craig, Paul, «Definición y conceptualización del Estado de derecho. La importancia de la independencia judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 2022, pp. 165-183, y Caamaño Domínguez, Francisco, «El casco de Hades y la independencia judicial», *Revista de Estudios Políticos,* 198, 2022, pp. 69-91.

cionales y legales y de la jurisprudencia interpretativa españolas, normas de instituciones comunitarias y del Consejo de Europa, así como decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Algunas de ellas son verdaderos estándares para la apertura de nuestra Constitución y de nuestros tribunales a la hora de interpretar conceptos y principios como los de autogobierno judicial, independencia e imparcialidad judicial[3]. En definitiva, actualmente, puede constatarse cómo, tras superar ciertos recelos, los países miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa adopten con absoluta normalidad decisiones sobre asuntos relativos a la organización y el funcionamiento del poder judicial incorporando y aplicando normas aprobadas por instituciones de estas organizaciones internacionales[4].

2. El Consejo General del Poder Judicial como garantía institucional de la independencia judicial: la elección de los vocales del turno judicial por los jueces como estándar europeo de la independencia judicial

2.1. El sistema de elección de los vocales del CGPJ: regulación constitucional y reformas legislativas

Como se ha dicho antes, el CGPJ es el órgano de gobierno del poder judicial creado por la Constitución con la misión de garantizar institucionalmente la independencia

[3] Sobre este fenómeno de apertura del poder judicial a la integración europea, puede consultarse algunos trabajos recientes como la documentada y sistemática obra, referencia en la doctrina, de Bustos Gisbert, Rafael, *Independencia judicial e integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 26-404; Iglesias Sánchez, Sara, *La independencia judicial ante el Tribunal de Justicia de la UE. Vías procesales, estándar de control y perspectivas de futuro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 13-201; Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel, *El poder judicial. Configuración constitucional, desarrollo y retos*, Marcial Pons, Madrid, 2023, pp. 43-58 y 141-157; Carmona Contreras, Ana, «Democracia, Estado de Derecho e independencia judicial en España: un análisis en perspectiva europea», *Estudios de Deusto, Revista de Derecho Público*, 70/1, 2022, pp. 141-157; Berberoff Ayuda, Dimitry, «El poder de los tribunales y el Tribunal de Justicia de la UE». En Recuerda Girela, Miguel A. (dir.), *El poder de los tribunales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 321-330, y Borrego Borrego, Javier, «La relación entre los tribunales internos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en la misma obra colectiva, pp. 331-338.

[4] Por todos es conocido que, hoy en día, en el ámbito de la Unión Europea, los jueces españoles son jueces europeos que pueden y deben aplicar directamente en sus sentencias normas del Derecho de la Unión Europea. También que, en el ejercicio de sus funciones, controlan que el Derecho interno no contradiga el ordenamiento comunitario, aplicando la jurisprudencia fijada por el TJUE. El Derecho de la Unión Europea forma parte del Derecho de los Estados miembros y la jurisprudencia del TJUE vincula a los jueces y tribunales nacionales, de acuerdo con los principios de eficacia directa y de primacía del Derecho de la Unión. En el ámbito del Consejo de Europa, puede comprobarse igualmente cómo, desde hace tiempo, es ya una práctica normal y consolidada que los tribunales españoles acojan la doctrina sentada por el TEDH en determinadas materias, invocando con frecuencia sentencias dictadas por este órgano judicial. Sobre la europeización del juez nacional, *vid.*, entre otros, Bustos Gisbert, Rafael; Delgado del Rincón, Luis E.; Figueruelo Burrieza, Ángela; López Aguilar, Juan F.; Lucas Murillo de la Cueva, Pablo; Rosado Iglesias; María G., y Serra Cristóbal, Rosa, «Encuesta sobre el Poder Judicial», *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 2022, pp. 94-113.

judicial. De ahí que se le confieran un núcleo de funciones básicas e intangibles como las de «nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario» de los jueces (art. 122.2 LOPJ). Competencias que antes ostentaba el Gobierno y que mediante ellas podía estar tentado de influir sobre los tribunales y sus miembros. Esta es una de las finalidades del Consejo «privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado» (STC 108/86, de 29 de julio, FJ 7)[5].

Desde la perspectiva de su composición, la Carta Magna lo configura como un órgano colegiado y plural, integrado por veinte vocales más el Presidente, que pueden reflejar las diferentes sensibilidades que existen en la sociedad y en el seno de la judicatura. En este sentido, el artículo 122.3 CE establece que, de los veinte miembros, doce han de ser elegidos «entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley Orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión».

Con la aprobación de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, el legislador consideró que la expresión «entre» significaba que los vocales de extracción judicial eran elegidos «por» y «entre» los jueces y magistrados. Sin embargo, cinco años después, con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el legislador cambia de opinión y realiza una interpretación distinta del precepto constitucional, al entender que los vocales judiciales serán elegidos «entre» jueces y magistrados, pero «por» el Congreso y el Senado y no «por» los jueces (art. 112.1 y 3 LOPJ).

Contra estas disposiciones se presentó un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Los recurrentes estimaban que vulneraban el artículo 122.3 CE en relación con el artículo 66.2 CE, ya que, aunque el artículo 122.3 CE no diga expresamente que los doce vocales del Consejo han de elegirse «por» los jueces y magis-

[5] La bibliografía sobre el CGPJ es muy numerosa. Del tema de la composición y elección de los vocales, pueden destacarse, entre otros, los siguientes trabajos: Ballester Cardell, María, *El Consejo General del Poder Judicial: su función constitucional y legal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 15 y ss.; Íñiguez Hernández, Diego, *El fracaso del autogobierno judicial*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 22 y ss.; Aguiar de Luque, Luis (dir.), *El gobierno del Poder Judicial. Una perspectiva comparada*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 3 y ss.; Serra Cristóbal, Rosario, «La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente», *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 2013, pp. 299-321; Gerpe Landín, Manuel, y Cabellos Espiérrez, Miguel, «La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial a la búsqueda de un modelo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 2015, pp. 13-44; Aguiar de Luque, Luis (ed.), *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El gobierno judicial*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2016, pp. 11 y ss.; Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *La independencia y el gobierno de los jueces...,* ob. cit., pp. 9 y ss.; Díez-Picazo Giménez, Luis M., «Artículo 122». En P. Pérez Tremps-A. Saiz Arnaiz (dirs.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1719-1730; Cabellos Espiérrez, Miguel, «La reforma inacabada. El Consejo General del Poder Judicial ante su enésima reformulación», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 118, 2020, pp. 13-44, y Fernández Rivera, Rosa, «El órgano de gobierno de los jueces atrapado en el tiempo. El CGPJ hiper reformado, hiper prorrogado y, ahora en funciones, perdiendo y recuperando competencias», *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 2022, pp. 351-397.

trados, «tal imperativo se desprende de la interpretación sistemática, histórica y teleológica del precepto» constitucional. También porque el principio de independencia del poder judicial, que comporta el autogobierno judicial, es «una pieza esencial» de todo Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional, en la STC 108/86, de 29 de julio, establece, de un lado, que de la regulación constitucional del CGPJ no puede deducirse que la Norma Suprema imponga un único modelo de autogobierno de los jueces y magistrados a través de un Consejo, sino que se crea este órgano autónomo, el CGPJ, para que «desempeñe determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de la independencia judicial» (FJ 8).

Por otro lado, respecto del precepto legal que establece el sistema de designación de los doce vocales de extracción judicial por las Cámaras y no por los jueces, el Tribunal reconoce que no es contrario al artículo 122.3 CE, pues es susceptible de una interpretación conforme: que se adecue a la finalidad perseguida por él, «asegurar que la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy en especial, en el seno del Poder Judicial». Ahora bien, el Tribunal advierte de que dicho sistema de elección parlamentaria entraña un riesgo que puede dar lugar a una actuación contraria al espíritu y finalidad de la norma constitucional. Este riesgo existe «si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial» (FJ 13)[6].

A pesar de la advertencia del Tribunal Constitucional de los riesgos de politización del CGPJ, si las fuerzas políticas se repartieran por cuotas los cargos de vocal —como así ha sido—, el legislador ha reformado en dos ocasiones el sistema de elección de los

[6] Para Aragón Reyes, Manuel, «La inconstitucionalidad de las cuotas», *El Mundo*, 4 de octubre de 2022, disponible en: https://www.elmundo.es/opinion/2022/10/04/633ac971fdddffe2258b459a.html, este párrafo de la sentencia, «no es *obiter dictum*, sino una verdadera fundamentación jurídica del fallo», ya que la STC 108/86, de 29 de julio, «fue una sentencia interpretativa, que mantuvo el nuevo sistema de la ley a condición de que no se interpretara y aplicara de la manera que el Tribunal, expresamente, rechazó». Para Díez-Picazo Giménez, L. M., «Artículo 122», ob. cit., p. 1728, el Tribunal recurre a un argumento de interpretación literal para justificar la constitucionalidad del nuevo modelo. Más críticos con el argumentario del Tribunal son Macías Castaño, José, «El Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del poder judicial», *Club Libertad Digital,* 9 de diciembre de 2023; disponible en: https://www.clublibertaddigital.com/ideas/tribuna/2023-12-08/jose-maria-macias-castano-el-cgpj-por-que-lleva-5-anos-sin-renovarse-y-quien-es-el-responsable-7077417/, que califica de ingenuo al Tribunal e «infantil» el argumento seguido pare justificar la deferencia con la reforma del legislador y Olea Godoy, Wenceslao F., «El Poder Judicial en España, la historia de una usurpación de poder», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 108-109, 2023-2024, pp. 121-122, que considera que el Tribunal legitima la reforma «con argumentos no exentos de contradicción» y con «un exceso de candidez», al confiar el sistema «a la pretendida objetividad y buena fe de las Cámaras».

vocales judiciales del Consejo sin cambiar su designación por las Cámaras. Con la reforma del artículo 112.3 LOPJ por la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio, los doce vocales de origen judicial se eligen por el Congreso y el Senado (seis por cada Cámara), entre jueces y magistrados, de candidatos que hubiesen sido propuestos por las asociaciones judiciales, o por un número de jueces y magistrados que representase, al menos, el dos por ciento de los que se encontraran en servicio activo. Aunque se fijaban unos criterios de proporcionalidad, estábamos ante un sistema que favorecía claramente a las asociaciones judiciales mayoritarias, dificultando la presencia de vocales en representación de los jueces y magistrados no asociados (la mayoría). La LO 4/2013, de 28 de junio, que modifica ampliamente el CGPJ, introduce también algunos cambios en la elección de los vocales del turno judicial. Se mantiene su designación por las dos Cámaras (art. 567.1 LOPJ), con la novedad de que puede presentar su candidatura a vocal cualquier juez o magistrado en activo que reúna el aval de veinticinco miembros de la carrera judicial en activo o el de una asociación judicial (arts. 573.1 y 574.1 LOPJ). Se fija también una determinada proporción por categorías judiciales: tres magistrados del Tribunal Supremo, tres magistrados con más de veinticinco años de antigüedad en la carrera judicial y seis jueces o magistrados sin antigüedad alguna (art. 578.3 LOPJ)[7].

En general, los riesgos de politización de la justicia han disminuido desde la creación del CGPJ que, como órgano de gobierno del poder judicial, ha asumido funciones y decisiones sobre el estatuto jurídico de los jueces y magistrados que antes estaban en manos del Ministerio de Justicia (selección, promoción, inspección, responsabilidad disciplinaria...). Como se afirma en la STC 108/1986, de 29 de julio, «las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado». Institución que se erige en una «garantía específica» para que, según se ha dicho, la «independencia [del poder judicial] no se vea perturbada por medios más indirectos o sutiles» (FJ 7).

Ahora bien, un riesgo de politización de la justicia y del CGPJ, que puede perturbar directa o indirectamente la independencia judicial, puede ser el sistema de elección de todos los miembros del Consejo por el Parlamento, si los partidos políticos se distribuyeran por cuotas los puestos de vocal. Hace tiempo que instituciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea vienen dictando acuerdos y resoluciones de *soft law* en

[7] Acerca de estas reformas de la LOPJ, *vid.* ampliamente Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *La independencia y el gobierno de los jueces...,* ob. cit., pp. 41-54; Gerpe Landín, Manuel, y Cabellos Espiérrez, Miguel, «La reforma permanente..., ob. cit., pp. 13-28; Cabellos Espiérrez, Miguel, «La reforma inacabada...», ob. cit., pp. 33-41, y Fernández Rivera, Rosa, «El órgano de gobierno de los jueces atrapado...», ob. cit., pp. 362-365.

las que ponen de manifiesto el peligro que supone para la independencia judicial y el Estado de Derecho la influencia de los poderes legislativo y ejecutivo en la designación de los miembros de los Consejos judiciales. Entre otros motivos, porque una de sus funciones es nombrar a determinados cargos judiciales. Veamos, a continuación, algunas de las decisiones y resoluciones de *soft law*, así como sentencias dictadas por tribunales de estas organizaciones internacionales que establecen verdaderos estándares sobre la materia.

2.2. Los estándares europeos sobre el sistema de elección de los miembros de los consejos judiciales como garantía del principio de independencia judicial: su aplicación al CGPJ e incumplimiento por España

En el seno del Consejo de Europa, es cita obligatoria la Recomendación CM/Rec(2010)12, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de noviembre de 2010, sobre los jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades[8]. En el apartado 27, del capítulo IV, dedicado a los Consejos judiciales, definidos en el apartado 26 como «órganos independientes, creados por la ley o la constitución para salvaguardar la independencia del poder judicial y de los jueces individuales», establece claramente, en relación con su composición, la siguiente recomendación: que «al menos la mitad de los miembros de los Consejos deben ser jueces elegidos por sus pares de todos los niveles de la judicatura y con respeto al pluralismo dentro del poder judicial». Más adelante, en las explicaciones a las recomendaciones, en el apartado 34, se afirma que su finalidad es «proteger y salvaguardar la independencia judicial» y, en el apartado 36, que para ello es necesario «regular su composición, el nombramiento de sus miembros y respetar el pluralismo» dentro del poder judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 27.

Esta Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha sido seguida y aplicada por decisiones posteriores de otros organismos del Consejo de Europa, como el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), en sus informes de evaluación. Así, en la Cuarta Ronda de Evaluación, GrecoRC4(2022)16, en la Adenda al Segundo Informe de Cumplimiento en España, sobre la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales[9], aprobada en su 92.ª reunión plenaria

[8] Disponible en: https://rm.coe.int/cmrec-2010-12-on-independence-efficiency-responsibilites-of-judges/16809f007d

[9] El primer Informe de evaluación de España sobre la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales, en la Cuarta ronda de evaluación, fue aprobado por GRECO, Eval IV Rep (2013) 5E, en la 62.ª reunión plenaria (Estrasburgo, 2 al 6 de diciembre de 2013). Disponible en: https://rm.coe.int/16806ca048

(Estrasburgo, 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2022)[10], en la Recomendación V, parágrafo 16, GRECO emplaza nuevamente a nuestro país para que cumpla las normas del Consejo de Europa sobre la selección de los miembros de la carrera judicial de los Consejos de magistraturas: «cuando existe una composición mixta de Consejos judiciales, para la selección de los miembros judiciales las normas disponen que estos sean elegidos por sus homólogos (siguiendo métodos que garanticen la representación más amplia de la judicatura en todos los niveles)». También aconseja que «las autoridades políticas, como las Cortes Generales o el poder ejecutivo, no participen en ninguna etapa del proceso de selección»[11]. Por último, insiste en que «el bloqueo de cuatro años en la designación del CGPJ es motivo de gran preocupación, que debe abordarse de forma prioritaria». De hecho, en este asunto, se remite a la Recomendación VI, que lamenta «la ausencia de avances» y las consecuencias que está teniendo sobre el nombramiento de altos cargos judiciales por un Consejo en funciones (parágrafos 21 y 22).

En las conclusiones, GRECO constata el incumplimiento por España de la Recomendación V y el cumplimiento parcial de la VI (parágrafo 41). También concluye que «el sistema de selección del CGPJ, y la percepción de su politización», no es «una cuestión menor, dado que el CGPJ es el responsable de determinadas decisiones cruciales en la judicatura, lo que incluye el nombramiento de los puestos superiores, que se encuentra paralizado». La situación actual de bloqueo de la designación de los vocales es «altamente insatisfactoria» y se «insta a las autoridades a que tomen medidas enérgicas» (parágrafo 43).

Otro órgano del Consejo de Europa, la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, conocida como Comisión de Venecia, en el Informe CDL-AD(2010)004, sobre la independencia del sistema judicial. Parte I: la independencia de los jueces, adoptado en su 82ª reunión plenaria (Venecia, 12-13 de marzo de 2010)[12], admite que, ante la diversidad de sistemas jurídicos existentes en Europa, existen diferentes modelos para garantizar la independencia del poder judicial, entre los que está la creación de «un Consejo judicial independiente». La Comisión de Venecia se inclina por este sistema al recomendar «a los Estados que aún no lo han hecho que contemplen la posibilidad de crear un Consejo judicial independiente o un organismo similar». En relación con su composición, recomienda que «debería tener un carácter pluralista» y que «los jueces» tendrían que ser «la mayoría de sus miembros» y que «deberían ser elegidos o nombrados por sus homólogos» (apartado 32).

[10] La Adenda al Segundo Informe de Cumplimiento en España está disponible en: https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-con-respecto-a-/1680a9de58

[11] En el parágrafo 14, menciona la conclusión del Segundo informe de cumplimiento de que no se había cumplido dicha recomendación, reiterando la «necesidad de eliminar la intervención de los políticos en la selección de los miembros judiciales».

[12] Disponible en: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-spa

También el TEDH se ha pronunciado sobre el tema de la composición de los Consejos judiciales, invocando algunas de las resoluciones de *soft law* de instituciones del Consejo de Europa, entre ellas la mencionada Recomendación CM/Rec(2010)12, del Comité de Ministros. Pueden citarse, entre otras, las SSTEDH de 21 de junio de 2016 (*Ramos Nunes de Carvalo v. Portugal*); de 8 de febrero de 2022 (*Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*); de 6 de octubre de 2022 (*Juszczyszyn v Poland*); de 8 de junio de 2023 (*Alonso Saura v. Spain*); de 22 de septiembre de 2023 (*Lorenzo Bragado and others v. Spain)* y de 24 de enero de 2024 (*Pająk et autres v Poland*)[13].

En el ámbito de la Unión Europea, algunas de sus instituciones se han pronunciado sobre la composición de los Consejos judiciales y, en particular sobre la del CGPJ, siguiendo también la Recomendación CM/Rec(2010)12, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Destaca el Informe de la Comisión Europea sobre el Estado de Derecho en 2023, SWD(2023) 809 final. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, Bruselas, 5 de julio de 2023[14]. En el apartado del sistema judicial, la Comisión establece que la situación del CGPJ «suscita serias preocupaciones, ya que, en primer lugar, no hubo avances en su renovación a pesar de la urgencia y, en segundo lugar, no se han tomado medidas para adaptar el procedimiento de nombramiento de sus vocales elegidos entre jueces y magistrados teniendo en cuenta las normas europeas sobre la materia» (pp. 5-7). Preocupaciones que aumentan, dado que se hace caso omiso de las recomendaciones de anteriores Informes sobre el Estado de Derecho. En el del año 2022 se afirmaba que el retraso hacía al organismo «vulnerable a la politización» y reiteraba la necesidad de modificar el sistema de designación de los vocales del CGPJ, «en consonancia con las normas europeas (Recomendación CM/Rec(2010)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, apartados 26 y 27), de modo que al menos la mitad de ellos sean jueces y magistrados elegidos por sus homólogos» (pp. 4-6)[15].

De igual modo, el TJUE ha dictado algunas sentencias en las que se pronuncia sobre los Consejos judiciales. Lo ha hecho en relación con la conformidad al Derecho de la Unión de la modificación normativa introducida en Polonia sobre el sistema de elección de los miembros de su Consejo Nacional del Poder Judicial. Algunas de ellas como las SSTJUE de 24 de junio de 2019, *Comisión Europea contra República de Polo-*

[13] Sobre algunas de las resoluciones de los órganos del Consejo de Europa y, particularmente de las SSTEDH, *vid*., entre otros, Bustos Gisbert, Rafael, *Independencia judicial e integración*..., ob cit., pp. 65-78; Borrego Borrego, Javier, «La relación entre los tribunales internos y el Tribunal Europeo...», ob. cit., pp. 331-338; Ortega Gutiérrez, David, «La elección del Consejo General del Poder Judicial a debate: el contraste con Europa», *Revista General de Derecho Público Comparado,* 30, 2021, pp. 12-15, y Biglino Campos, Paloma, «Los estándares europeos sobre la elección de los Consejos Judiciales», *Revista General de Derecho Constitucional*, 38, 2023, pp. 5-9.

[14] Disponible en: https://commission.europa.eu/publications/2023-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en

[15] Informe de la Comisión Europea sobre el Estado de Derecho en 2022, SWD(2022) 509 final. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, Luxemburgo, 13 de julio de 2022, disponible en: https://commission.europa.eu/publications/2023-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en

nia, C-619/18; de19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, C-585/18; de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros (Nombramiento de jueces al Tribunal Supremo)*, C-824/18 y de 15 de julio de 2021, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-791/19, consideran que el nuevo sistema de elección parlamentaria de los miembros del Consejo tiene consecuencias negativas sobre la autonomía del órgano y la independencia del sistema judicial polaco[16]. Criterio que se mantiene en decisiones posteriores, como la STJUE de 5 de junio de 2023, *Comisión Europea contra República de Polonia*, C-204/21[17].

Es cierto, como afirma la profesora Biglino, que no existe una norma específica del ordenamiento comunitario que obligue a los Estados de la Unión que cuentan con Consejos judiciales a que la mitad de sus miembros sean de origen judicial elegidos por sus homólogos. Ni tan siquiera 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, cuando en su artículo 2.a) enumera los principios que comprende el valor del Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE. Entre ellos se encuentra el principio de independencia judicial, que si se pone en peligro es un indicio de vulneración del Estado de Derecho (art. 3). El considerando 10 explicita algunas reglas necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad judicial relativas a la composición, nombramiento, o duración del mandato y cese de los jueces; sin referirse a los Consejos judiciales y a su composición. No obstante, como dice también Biglino, para detectar las vulneraciones de los principios del Estado de Derecho, entre ellos el de independencia judicial, el Tribunal de Justicia, puede tener en cuenta las normas de *soft law* del Consejo de Europa (la citada Recomendación CM/Rec(2010)12 del Comité de Ministros) y de la Unión Europea. Su incumplimiento puede conllevar, además de la imposición de las multas previstas en el artículo 260 TFUE, otras medidas económicas como la suspensión del desembolso total o parcial de los fondos de la Unión (art. 5 del Reglamento de condicionalidad)[18].

[16] Acerca de algunas de estas decisiones del TJUE, cfr. Bustos Gisbert, Rafael, *Independencia judicial e integración...*, ob. cit., pp. 255-302 y 368-373; Iglesias Sánchez, Sara, *La independencia judicial ante el Tribunal de Justicia...*, ob. cit., pp. 79-99 101-109; Berberoff Ayuda, Dimitry, «El poder de los tribunales y el Tribunal...», ob. cit., pp. 321-330, y González Campañá, Nuria, «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. 465-469.

[17] Esta resolución reitera doctrina anterior sobre aspectos relacionados con el sistema judicial y la independencia. En particular, sobre la organización de la Administración de justicia de los Estados miembros (composición, competencias y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales nacionales, apartado 63) y el régimen disciplinario judicial (con la intervención de un órgano independiente para evitar un sistema de control político de las resoluciones judiciales, apartados 95 y 125).

[18] Cfr. Biglino Campos, Paloma, «Los estándares europeos...», ob. cit., pp. 10-11. Véase también el auto de 27 de octubre de 2021, *Comisión/Polonia,* C-204/21, del Vicepresidente del TJUE, que condenó a la República de Polonia a pagar a la Comisión una multa coercitiva diaria de 1.000.000 de euros, por incumplir algunas obligacio-

En definitiva, aunque la elección de los miembros judiciales de los Consejos del poder judicial por sus homólogos sea una norma de *soft law* aprobada por instituciones del Consejo de Europa y recibida en otros textos de la Unión Europea (pero no en normas de aplicación directa), hay que reconocer que es un criterio que si se incumple, junto con otros que garantizan la independencia judicial, puede tenerse en cuenta por el TJUE (y el TEDH) para declarar la vulneración de los principios del Estado de Derecho. Según estos Tribunales, los Consejos judiciales, en los países en que existan, son instituciones que ejercen funciones clave para garantizar la independencia judicial, como los nombramientos, ascensos y régimen disciplinario de los jueces. De ahí que sus miembros deban disponer de las mismas garantías de independencia que las que poseen los jueces[19].

Las normas citadas de *soft law* dictadas por instituciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea, así como las sentencias del TEDH y del TJUE, que establecen que los Consejos judiciales han de estar al margen de las influencias de los poderes legislativo y ejecutivo de sus Estados y que, si están integrados por jueces, estos han de ser elegidos por sus homólogos, constituyen un estándar europeo en garantía del principio de independencia judicial, e implica una obligación para los Estados miembros derivada de la integración europea. De ahí que tanto el TEDH como el TJUE consideren que no se puede reformar la composición o funciones de los Consejos judiciales para que los Parlamentos o Gobiernos presionen sobre sus miembros a la hora de adoptar decisiones, erosionando la independencia del poder judicial[20].

---

nes que le incumben en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, en relación con el artículo 47 CDFUE y el auto de 21 de abril de 2023, *Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges),* C-204/21, en el que Vicepresidente del TJUE reduce el importe de la multa coercitiva a 500.000 euros diarios, al haber adoptado la República de Polonia algunas medidas provisionales decretadas en el auto de 14 de julio de 2021.

[19] Para países como Polonia o Hungría, ya no se habla de meras recomendaciones o de normas de *soft law,* sino de jurisprudencia de tribunales europeos que tienen que acatar y cumplir. Como se ha visto, el TJUE ha vinculado esos estándares europeos con los artículos 2 TUE (principio de Estado de Derecho) y 19 TUE (independencia del poder judicial) y el artículo 47 CDFUE (derecho fundamental a la tutela judicial efectiva). Cfr. Macías Castaño, José, «El Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del poder judicial». En Recuerda Girela, Miguel A. (dir.), *El poder de los tribunales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 115-117. Compartimos la opinión de Cabellos Espiérrez, Miguel, *El poder judicial*..., ob. cit., p. 173, en relación con el CGPJ, en que, hasta ahora, solo han llegado recomendaciones de instituciones europeas para cambiar el modelo de elección de los vocales de origen judicial, Si persiste la no renovación del Consejo o no se reforma el sistema de elección o se adoptan otras modificaciones legales que puedan afectar a la independencia judicial por la influencia de los poderes legislativo o ejecutivo sobre el Consejo, no sería descartable que el TEDH o el TJUE dictasen una sentencia que nos condenara por incumplimiento de los estándares europeos sobre el sistema de elección de los vocales del Consejo en relación con los principios europeos de independencia judicial y Estado de Derecho.

[20] Cfr., entre otras, la STEDH de 15 de marzo de 2022 (*Grzęda v Polonia*) (apartados 305, 307 y 323): «cuando se crea un Consejo judicial, el Tribunal considera que las autoridades del Estado deben tener la obligación de garantizar su independencia respecto de los poderes ejecutivo y legislativo» (apartado 305) y la STJUE de 20 de abril de 2021, *Repubblika contra Il-Prim Ministru*, C-896/19 (apartados 63-66 y 72): las disposiciones nacionales sobre el nombramiento de los miembros de la judicatura no pueden, «por sí mismas, generar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de los jueces y magistrados nombrados frente a

Como concluye la profesora Biglino, «la independencia judicial y la composición de los Consejos de magistratura han dejado de ser asuntos internos sometidos, exclusivamente, a la soberanía de los Estados»[21]. La integración europea impone determinadas obligaciones a los Estados miembros, algunas de ellas necesarias para garantizar el principio de independencia judicial inherente al valor comunitario del Estado de Derecho. Los Consejos judiciales, en aquellos países en los que existan, son una garantía institucional de la independencia judicial. Si la independencia de los jueces impide cualquier tipo de interferencia en el ejercicio de sus funciones por parte de los poderes del Estado (legislativo y ejecutivo), esta autonomía es necesaria también en los Consejos judiciales, ya que desempeñan funciones que afectan al estatuto de los jueces (como la selección, la promoción y las sanciones disciplinarias). Para asegurar la independencia de los Consejos judiciales, algunas instituciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea, así como sus tribunales, el TEDH y el TJUE, consideran que, si el Estado ha optado por un Consejo judicial con una composición mixta, los miembros de origen judicial deben ser elegidos por sus homólogos. Estándar europeo que el Estado español está incumpliendo claramente.

2.3. Una reflexión personal sobre el sistema de elección parlamentaria por mayoría cualificada de los vocales del CGPJ

Hace años que me he pronunciado a favor de la elección parlamentaria por mayoría cualificada de los vocales del CGPJ, tanto los de extracción judicial como los juristas de reconocida competencia[22]. Hay que recordar que en los del turno judicial, tras las reformas de 2001 y, sobre todo, de 2013 de la LOPJ (art. 572 y ss.), los propios jueces y las asociaciones judiciales participan en una selección previa, si bien la elección definitiva de los candidatos propuestos la hacen las Cámaras. Creo que el sistema de elección parlamentaria de los vocales del CGPJ legitima democráticamente a este órgano constitucional, que es un órgano de gobierno de los jueces, y no un órgano judicial, y menos de representación procesal o política de los jueces. Es un modelo que

elementos externos, en particular, frente a influencias directas o indirectas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo (...), ni que puedan, por lo tanto, conducir a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de dichos miembros de la judicatura capaz de menoscabar la confianza que la justicia debe inspirar a los justiciables en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho» (apartado 72). Decisión en la que se citan también las SSTJUE de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, C-585/18 (apartados 138 y 142-144), y de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros (Nombramiento de jueces al Tribunal Supremo),* C-824/18 (apartados 125-131).

[21] Biglino Campos, Paloma, «Los estándares europeos...», ob. cit., p. 16.

[22] Delgado del Rincón, Luis E., «Informes nacionales de España: la estructura y funciones del Consejo General del Poder Judicial». En Aguiar de Luque, Luis (dir.), *El gobierno del Poder Judicial. Una perspectiva comparada*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 194-195.

garantiza la presencia en el Consejo de diversas sensibilidades ideológicas y profesionales[23]. Las competencias de esta institución interesan no solo a los jueces y magistrados, sino también a todos los ciudadanos representados en las Cortes Generales, sean o no justiciables. Este interés ciudadano puede contribuir también a un aumento de su confianza en la justicia.

Sin embargo, las últimas renovaciones del CGPJ y el bloqueo de la más reciente (que ha impedido su constitución hasta el 25 de julio de 2024, despuésde cinco años y medio en funciones), nos llevan a un escenario distinto, lejano del que preconizó el Tribunal, en el que los partidos políticos y los grupos parlamentarios mayoritarios están utilizando el sistema de designación parlamentaria de forma inadecuada y perturbadora[24]. Por un lado, se han repartido por cuotas partidistas los candidatos a vocales del CGPJ (judiciales y juristas), en lugar de llegar a un acuerdo mayoritario basado en sus cualidades profesionales más que en sus afinidades ideológicas. De otro lado, si no logran «sacar a los suyos», bloquean la renovación e impiden la designación de «los otros»[25]. Lamentablemente se ha hecho realidad la advertencia que en su día hizo el Tribunal Constitucional, en la citada STC 108/86, de 29 de julio, sobre los riesgos que podía entrañar la elección parlamentaria de los vocales del CGPJ, si los partidos se dis-

[23] Cfr. también Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *La independencia y el gobierno de los jueces...,* ob. cit., pp. 160-161; «Encuesta sobre el Poder Judicial...», ob. cit., p. 45, y «Encuesta sobre la independencia del poder judicial...», ob. cit., p. 33, para quien el procedimiento de designación parlamentaria por mayoría cualificada de los veinte vocales, con la combinación, para los doce vocales de origen judicial, con formas de propuesta o aval de miembros de la carrera judicial, es el «menos malo» de todos. Autor que, en el caso de bloqueo de la renovación, prevé un procedimiento alternativo que prive a los grupos parlamentarios de la facultad de decidir cuando no la ejerzan en tiempo; de tal modo que, pasado un plazo prudencial, podría establecerse que la designación se efectuara por sorteo realizado por la Mesa de la Cámara o correspondiente o por las de ambas. Son partidarios igualmente del sistema de elección parlamentaria, con algunos matices y con la advertencia de que se ha hecho mal uso de él por las fuerzas políticas, autores como Bustos Gisbert, Rafael, p. 30, que propone un sistema mixto separando propuestas y nombramientos, quedando estos últimos en sede parlamentaria; López Aguilar, Juan, p. 42, y López Guerra, Luis M., p. 44, partidario, además de una regulación detallada del procedimiento de elección, incluyendo plazos preclusivos y la obligación de llevar a cabo una votación en el Pleno, lo que podría ser un poderoso incentivo para que los grupos parlamentarios se pusieran de acuerdo. *Vid*., al respecto, «Encuesta sobre el Poder Judicial», ob. cit.

[24] De hecho, algunos autores han calificado esta práctica de «instrumentalización partidista» del CGPJ, cuya «fijación» o «apetencias partidistas» «ha llegado a ser enfermiza», Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, «El Poder Judicial en el aniversario de la Constitución», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 108-109, 2023-2024, p. 105; o de «infiltración partidista» sobre el CGPJ, que «parece haberse convertido (...) en pieza de caza para las fuerzas políticas», Cabellos Espiérrez, Miguel, *El poder judicial...*, ob. cit., pp. 166 y 253. Otros, utilizan términos más contundentes para considerarla como una medida más de «asalto al poder judicial», por Macías Castaño, José, «El Consejo General del Poder Judicial...», ob. cit., p. 113; o de «acoso a la Justicia», por Aragón Reyes, Manuel, «Acoso a la justicia», *El Mundo*, 3 de enero de 2024, disponible en: https://www.elmundo.es/opinion/2024/01/03/658c03f6e9cf4a02448b4591.html; o de «usurpación del poder», por Olea Godoy, Wenceslao F., «El Poder Judicial en España, la historia...», ob. cit., pp. 123-124.

[25] Esta situación es un hecho más que puede influir en la baja valoración que la ciudadanía y las empresas tienen sobre la independencia judicial en España, pudiéndose percibir al CGPJ «como vulnerable a la politización», según se afirma en el citado Informe de la Comisión Europea sobre la situación del Estado de Derecho en España, en 2022, ob. cit., pp. 4 y 5.

tribuyeran, como así se ha confirmado en la práctica, los puestos a cubrir en el Consejo «en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos» (FJ 13)[26].

Aún pienso que el sistema de selección de los vocales de origen judicial del CGPJ más idóneo y democráticamente legítimo es un modelo similar al actual: a) nombramiento por mayoría cualificada de tres quintos de las dos Cámaras sobre una lista de candidatos que cumplan unos criterios prestablecidos de idoneidad, capacidad y méritos y que hayan sido avalados por un determinado número de miembros de la carrera judicial y por las asociaciones judiciales; b) comparecencia pública ante las Comisiones de Nombramientos de las Cámaras y observancia de una proporción adecuada por categorías judiciales, como la fijada en el citado artículo 578.3 LOPJ.

Sin embargo, creo también que, debido a la utilización partidista que se ha hecho de él, con un reparto por cuotas de los vocales, y ante los bloqueos continuos a la renovación del CGPJ, el mecanismo para salir de esta situación y evitar que se repita en un futuro, sería la elección de los doce vocales judiciales por los propios miembros de la carrera judicial. Este es el sistema seguido en la mayoría de los países de la Unión Europea que cuentan con Consejos de la magistratura (salvo Polonia, Hungría y España) y el que se adecua a las obligaciones impuestas por la integración europea, como se deduce de los estándares fijados en las resoluciones y sentencias dictadas por los organismos del Consejo de Europa y de la Unión Europea[27]. Parámetros europeos que, según se ha dicho, estamos incumpliendo de modo ostensible y que para atenernos a ellos sería necesario reformar la LOPJ incorporando el modelo de designación de los vocales del turno judicial por los jueces.

---

[26] La mayoría de la doctrina ha criticado el reparto por cuotas entre los partidos políticos de los vocales del CGPJ. Cfr., entre otros, Díez-Picazo Giménez, Luis M., «Artículo 122», ob. cit., p. 1730; Cabellos Espiérrez, Miguel, *El poder judicial*..., ob. cit., pp. 166-167, que considera a ese sistema como un «efecto pernicioso» por la «infiltración partidista»; Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *La independencia y el gobierno de los jueces...,* ob. cit., p. 160, y «Encuesta sobre la independencia del poder judicial...», ob. cit., pp. 32-33, que habla de «*lottizzazione* mal hecha» con «cuotas ciegas», «sin consideración alguna a la excelencia profesional y a la calidad de los propuestos»; Aragón Reyes, Manuel, «La inconstitucionalidad de las...», ob. cit., para quien «el reparto por cuotas políticas es inconstitucional», ya que es un sistema que «proyecta una inevitable «apariencia de parcialidad» sobre todos los miembros del Consejo, puesto que públicamente queda claro el origen ideológico de su designación» y Macías Castaño, José, «El Consejo General del Poder Judicial...», ob. cit., *Club Libertad Digital*, que lo califica de «absolutamente adulterado», «politizado», no conforme con la Constitución ni con el Derecho de la Unión Europea.

[27] Una explicación ordenada y razonada de este modelo de elección judicial, por el que opta la mayoría de la magistratura, puede verse en Serra Cristobal, Rosario, «Encuesta sobre el Poder Judicial...», ob. cit., p. 52. Hay autores que, para evitar la instrumentalización partidista de la selección de los vocales judiciales, o incluso como medida transitoria hasta que se reforme el sistema o se desbloquee la renovación, han propuesto su elección por un sorteo realizado por las Cámaras entre los candidatos avalados por los jueces y por las asociaciones judiciales. Cfr. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, «Encuesta sobre la independencia del poder judicial...», ob. cit., p. 35; Bustos Gisbert, Rafael, «Encuesta sobre el Poder judicial...», ob. cit., p. 34; López Guerra, Luis M., «Encuesta sobre el Poder judicial...», ob. cit., p. 46, y Editorial, «Propuesta para el desbloqueo de la renovación del CGPJ a través de un sorteo», En el *Blog de la Fundación Hay Derecho*, de 27 de mayo de 2024, Disponible en: https://www.hayderecho.com/2024/05/27/renovacion-cgpj-sorteo-editorial/, que atribuye ciertas ventajas al mecanismo del sorteo, como la neutralidad.

Ahora bien, si se adoptara este sistema, cuando se acometiera su regulación, tendría que evitarse que las asociaciones judiciales mayoritarias, dado el peso e influencia que tienen actualmente en España, se repartieran los doce vocales por cuotas acordadas entre ellas, excluyendo o reduciendo mínimamente la presencia de jueces no afiliados. De otro lado, ha de advertirse también que los riesgos de politización del Consejo pueden persistir con este modelo, dada la relación que se atribuye a determinadas asociaciones profesionales con algunos partidos políticos, a pesar de que el artículo 401 LOPJ prohíba todo tipo de vinculación entre unas y otros. Probablemente dicha relación desaparezca, una vez que las Cámaras no intervengan en el procedimiento de designación de los vocales judiciales. Para restar el protagonismo que tendrían en el Consejo las asociaciones judiciales, podría plantearse que las Salas de Gobierno de determinados órganos judiciales, como las de los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, propusieran también un porcentaje concreto de candidatos a vocales.

2.4. Últimos episodios de la instrumentalización política del CGPJ: el bloqueo a su renovación y medidas de desbloqueo, algunas de dudosa constitucionalidad

Otros hechos relacionados con el CGPJ que evidencian una instrumentalización política del órgano, menoscabando su autonomía y perturbando el principio de independencia judicial, son el bloqueo a su renovación por la falta de acuerdo entre los principales grupos parlamentarios, la privación de la función de nombramiento de altos cargos judiciales y magistrados del Tribunal Supremo, o el intento de modificar la mayoría cualificada de tres quintos exigida por el artículo 567.2 LOPJ para elegir a los vocales de origen judicial[28].

Las situaciones de bloqueo en la renovación del CGPJ, que ha estado cinco años y medio en funciones, la renuncia de un Presidente[29], la discutible elección de un Presidente suplente, su renuncia por jubilación y la advertencia de dimisión del actual, han sido lamentables y bochornosas. Aunque pueda tildarse de alarmista, hemos estado ante

[28] Para la Comisión Europea son circunstancias que le suscitan preocupación al quedar expuesta la institución a un elevado grado de politización. Cfr. los Informes de la Comisión Europea sobre la situación del Estado de Derecho en España, en 2022, ob. cit., pp. 4 y 5 y en 2023, pp. 6 y 7. En sentido similar se pronuncia el Greco, en la citada Adenda al Segundo Informe de Cumplimiento en España, sobre la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales, de 2022, ob. cit., (recomendación V, parágrafo 16; recomendación VI, parágrafos 21 y 22 y conclusiones, apartado 32).

[29] Que ha dado lugar, por primera vez, a que, donde la Constitución prevé un único cargo, el Presidente del CGPJ y del Tribunal Supremo, surjan dos: el Presidente del Tribunal Supremo en funciones y el Presidente suplente del CGPJ.

una verdadera crisis constitucional[30], ante una falta de lealtad y de sentido de la responsabilidad institucional y ante un incumplimiento de la Constitución y de la ley por parte de los principales grupos parlamentarios (escenificándose, incluso, negociaciones fuera de la sede parlamentaria entre representantes del Gobierno y del partido mayoritario de la oposición, o solicitando una inoportuna mediación de comisarios de la Comisión Europea). Se da la circunstancia, además, de que, en cinco años, los presidentes de las Cámaras no han convocado, ni una sola vez, un Pleno para someter a votación los nombramientos de los candidatos a nuevos vocales. Este panorama ha contribuido a la erosión de la imagen ya maltrecha del órgano de gobierno de los jueces, con graves consecuencias sobre el funcionamiento de algunos tribunales y, en última instancia, sobre la situación de los justiciables y su confianza en la justica.

Para desbloquear la renovación del CGPJ se han propuesto algunas medidas. Unas inadecuadas, como la dimisión en bloque de todos los vocales, que podría dar lugar a responsabilidades administrativas, por falta de abandono de servicio, si se produjera antes de que asuman el cargo quienes vayan a sustituirlos; o a responsabilidades penales por un delito de abandono colectivo del servicio (art. 409 CP)[31]. Otras de dudosa constitucionalidad, como la proposición de ley orgánica de 23 de octubre de 2020, de modificación de la LOPJ para poder designar a los doce vocales de origen judicial por una mayoría absoluta de las dos Cámaras en una segunda votación, cuando no pudo obtenerse en la primera la mayoría de tres quintos. Esta propuesta de rebaja de mayoría, similar a la que tuvo lugar en Polonia en 2016, se retiró en mayo de 2021 por los grupos parlamentarios que la presentaron, tras ser reprobada por la Comisión Europea, al entender que aumentaba la politización del órgano y ponía en peligro la independencia judicial[32]. Sin embargo, se ha vuelto a retomar recientemente, de modo más disparatado, con la presentación por el Grupo Parlamentario Mixto (Podemos) de una proposición de ley orgánica de modificación de la LOPJ para reformar el procedimiento de elección de los vocales del CGPJ correspondientes al turno judicial (aunque afecta también a los vocales juristas). La propuesta de reforma se justifica en la necesidad de «ajustar el sistema de elección de los vocales de procedencia judicial a la realidad social, así como de facilitar la renovación del CGPJ en plazo». En realidad, pretende un mayor control político por una de las Cámaras, el Congreso, sobre la designación de las cuatro quintas partes de los miembros del Consejo. Así, una de las medidas es la rebaja de

[30] Así se ha calificado por Aragón Reyes, Manuel, «Una crisis constitucional que debe remediarse», *El Mundo*, 14 de octubre de 2022, disponible en: https://www.elmundo.es/opinion/2022/10/14/6347eb5521efa0ec138b45d6.html. O de «anomalía democrática grave», por asociaciones judiciales, en el Diario *El País*, de 29 de junio de 2024: «La carrera judicial: el bloqueo del CGPJ es una anomalía grave».

[31] Como así lo cree, no exento de razón, Macías Castaño, José, «El Consejo General del Poder Judicial...», ob. cit., *Club Libertad Digital.*

[32] Algunas críticas a esta propuesta de reforma de la LOPJ pueden verse en González Campañá, Nuria, «La defensa europea de la independencia...», ob. cit., pp. 480-481, y Figueruelo Burrieza, Ángela, «Encuesta sobre el Poder Judicial», ob. cit., p. 40.

mayorías para los vocales del turno judicial, de tal modo que estos se designarán en primera vuelta por mayoría de tres quintos del Congreso y, si esta no se consiguiera, «por mayoría absoluta que debe tener el respaldo de la mitad de los grupos parlamentarios». Otra medida consiste en atribuir al Congreso, en detrimento del Senado, la elección de dieciséis vocales, los «doce correspondientes al turno judicial y otros cuatro entre juristas de reconocida competencia». El Senado (que actualmente cuenta con mayoría absoluta del principal grupo de la oposición) elegiría, por mandato constitucional, los cuatro vocales restantes del cupo de juristas de reconocida competencia por mayoría cualificada de tres quintos[33].

La propuesta de reforma se adecua a la letra del artículo 122.3 CE, pero no a su espíritu, dado que, si la Constitución atribuye a cada una de las Cámaras la facultad de elegir a cuatro de los ocho vocales juristas por mayoría de tres quintos, parece lógico que el legislador orgánico asigne la elección de los vocales judiciales a cada una de las Cámaras en la misma proporción que para los vocales juristas y con la misma mayoría cualificada de tres quintos. El Tribunal Constitucional, en la citada STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 13, ya consideró como una «cautela» necesaria la fijación por el legislador de esa mayoría cualificada de tres quintos también para los vocales judiciales, Se trata de una medida que incumple, una vez más, los estándares europeos que en materia de independencia judicial y Consejos judiciales han fijado organismos y tribunales del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Directrices que, como se ha reiterado, recomiendan e instan a España a modificar el sistema de elección parlamentaria de los doce vocales del turno judicial del CGPJ, para que estos se elijan por sus homólogos, sin intervención de los poderes legislativo o ejecutivo. Por mandato del artículo 122.3 CE, indisponible para el legislador, la elección de los ocho vocales juristas correspondería a las dos Cámaras y por una mayoría de tres quintos; mayoría cualificada que exige llegar a un verdadero consenso entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria, incluidas las que forman parte de la oposición a la mayoría que apoya al Gobierno.

Para forzar el desbloqueo, otra medida de autoría gubernamental, aunque acometida mediante la presentación de una proposición de ley de los grupos parlamentarios que apoyan al Gobierno de coalición (eludiendo así la emisión del preceptivo informe del CGPJ), ha sido la de limitar algunas competencias del CGPJ cuando se encuentre en funciones. Se lleva a cabo por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el estableci-

[33] Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, 10 de mayo de 2024, serie B, núm. 107-1, pp. 1-4. *Vid*. también «El Ejecutivo valora «mecanismos» para desbloquear la renovación del CGPJ sin el PP», *El Economista*, 30 de abril de 2024: https://www.eleconomista.es/legal/noticias/12794727/04/24/el-ejecutivo-valora-mecanismos-para-desbloquear-la-renovacion-del-cgpj-sin-el-pp.html» y «La tentación de la rebaja de las mayorías en el CGPJ que ya frenó Europa», *ABC*, 1 de mayo de 2024: https://www.abc.es/espana/tentacion-rebaja-mayorias-cgpj-freno-europa-20240430133731-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fespana%2Ftentacion-rebaja-mayorias-cgpj-freno-europa-20240430133731-nt.html

miento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones. La reforma, según el preámbulo de la ley, se justifica para cubrir una laguna, regular el régimen jurídico del CGPJ cuando se haya superado el plazo máximo de mandato, sin producirse la debida renovación. Régimen jurídico que «no puede ser el mismo que el aplicable al periodo normal de funcionamiento». Se dice que la aprobación de «una normativa apropiada para estos casos supone una garantía básica para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, así como un medio para favorecer la renovación». De ello, sin más explicación, «se colige la necesidad de limitar las decisiones adoptadas por un Consejo saliente». Pues bien, con la reforma, no se ha logrado ni una cosa ni la otra. Más bien todo lo contrario, el CGPJ sigue sin renovarse y estamos asistiendo a un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por la acumulación de asuntos sin resolver en algunas de las Salas del Tribunal Supremo. En definitiva, está siendo peor el remedio que la enfermedad[34].

La reforma de la LO 4/2021 introduce un nuevo precepto, el artículo 570.bis LOPJ, que enumera las atribuciones que corresponden al CGPJ en funciones, frente a las que tiene reconocidas en los artículos 560 y 561 LOPJ cuando está renovado, Entre las competencias que se limitan al Consejo saliente, por considerar que implican «una injerencia en las legítimas atribuciones del Consejo entrante», está la de nombramientos discrecionales de determinados cargos judiciales (gubernativos y jurisdiccionales, como los magistrados del Tribunal Supremo). Una de las consecuencias de esta medida es el colapso de algunas de las Salas del Tribunal Supremo, especialmente la Tercera y la Cuarta[35].

Contra la LO 4/2021 se interpusieron dos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que han sido resueltos por las SSTC 128/2023, de 2 de octubre y 15/2024, de 15 de enero[36]. Nos referimos a la primera, que es la que sienta doctrina y a la que se remite la segunda en varias consideraciones.

---

[34] De medida «inútil» e «impropia» es calificada por Murillo de la Cueva, Pablo, «Encuesta sobre el Poder judicial...», ob. cit., pp. 46 y 47; de «ineficaz», por Serra Cristobal, Rosario, «Encuesta sobre el Poder judicial...», ob. cit., p. 49; de «incoherente» e «insostenible», por Bustos Gisbert, Rafael, «Encuesta sobre el Poder judicial...», ob. cit., p. 34; o de osada y manipuladora, por Olea Godoy, Wenceslao F., «El Poder Judicial en España, la historia...», ob. cit., p. 123.

[35] De esta situación se hace eco el Informe de la Comisión Europea sobre la situación del Estado de Derecho en España, en 2023, ob. cit., pp. 7 y 8, que cita un informe del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, de enero de 2023, según el cual, el Tribunal Supremo (Salas Tercera y Cuarta) está dictando «1.230 resoluciones menos al año», debido a las vacantes sin cubrir de sus magistrados, tras la reforma del CGPJ en funciones por la LO 4/2021.

[36] El primer recurso se interpuso por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados y el segundo por más de cincuenta parlamentarios del Grupo Parlamentario Popular. Frente a la STC 128/2023, de 2 de octubre, formularon Voto particular los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla, César Tolosa Tribiño y la magistrada Concepción Espejel Jorquera. Frente a la STC 15/2024, de 15 de enero, lo presentaron los magistrados Ricardo Enríquez Sancho y César Tolosa Tribiño. Un amplio, documentado y crítico comentario a la STC 128/2023, de 2 de octubre, puede verse en Rodríguez-Patrón, Patricia, «Sobre la regulación del Consejo General del Poder Judicial en funciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, 39, 2023, pp. 123-160.

Para los recurrentes, la LO 4/2021 es inconstitucional por motivos formales y materiales. Nos ceñimos aquí a los últimos, a la constitucionalidad o no de la creación de un CGPJ en funciones y a la privación de algunas de sus funciones esenciales como la de nombramiento de altos cargos judiciales[37]. En opinión de la parte demandante, el legislador orgánico asume un papel constituyente que no le corresponde al crear la figura «extra-constitucional del Consejo en funciones»; al desnaturalizarlo, restándole funciones indisponibles y necesarias para garantizar la independencia judicial y al convertirlo en un órgano de gestión subordinado a «los poderes ejecutivo y legislativo». Estos vicios materiales, según los recurrentes, son contrarios a los artículos 122, 123.2, 124.4, 159.1 y 161.l.d) CE (FJ 1).

En relación con la cuestión medular, si el establecimiento por la LO 4/2021 de un régimen jurídico específico del CGPJ en funciones es o no conforme al artículo 122 CE y si vulnera o no el principio de independencia judicial, el Tribunal, de modo lacónico y sin apenas explicación, ciñéndose a una interpretación formalista y literal de las escuetas normas constitucionales sobre el CGPJ, reconoce que ese régimen jurídico excepcional es constitucional y no atenta contra el principio de independencia judicial. Utiliza, entre otros, los siguientes argumentos: a) que, aunque no exista una expresa previsión constitucional sobre la regulación del Consejo en funciones, tampoco existe una objeción jurídico-constitucional que impida al legislador establecer un régimen excepcional y transitorio cuando tiene prorrogado su mandato; b) que la Constitución deja al legislador un amplio margen de actuación para desarrollar de manera extensa el artículo 122 CE, «sin que ello suponga que el legislador esté asumiendo funciones constituyentes» (FJ 4.C).

El Tribunal prescinde en su razonamiento de toda mención a las normas de instituciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea, así como a la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, que constituyen el canon europeo sobre el contenido del principio de independencia judicial y el papel de los Consejos judiciales para garantizarlo (sí lo hace, aunque de modo farragoso, el Voto particular). Por otro lado, coincidiendo con la opinión de los magistrados que discrepan de la mayoría, entendemos que, aunque sea muy amplio el margen que tiene el legislador orgánico para desarrollar el régimen jurídico del CGPJ, ese margen no le «habilita para desfigurar la naturaleza constitucional del Consejo», privándolo «del ejercicio de las funciones consustanciales a su cometido, como garante de la independencia del Poder Judicial». Aunque estemos ante un Consejo en funciones, este debe seguir desempeñando, al igual que un Consejo ya renovado, el núcleo intangible de competencias que le atribuye el artículo 122 CE (entre las que

[37] Los motivos formales consistían en que no se había solicitado informe al CGPJ previo a la tramitación de la proposición de ley y que se había incurrido en fraude de ley, al recurrir los grupos parlamentarios que sustentan al Gobierno a la proposición de ley, con el fin de evitar el informe preceptivo del CGPJ. Ello suponía la vulneración del derecho a la participación en asuntos públicos a través de representantes, del artículo 23.1 CE. El Tribunal Constitucional no apreciará la concurrencia de ninguno de los vicios procedimentales.

está la de «nombramientos»), en garantía de la independencia del poder judicial y del normal funcionamiento de la Administración de justicia. No cabe justificar la reducción de atribuciones al CGPJ en funciones comparando su situación con la del Gobierno en funciones (art. 101.2 CE), ni con la de la Diputación Permanente de las Cámaras (art. 78 CE), que no están propiamente en funciones. Las competencias del CGPJ no pueden asimilarse a las de carácter político que desempeñan estos dos órganos constitucionales.

Una última consideración, advertida agudamente por los magistrados disidentes, es que la opinión mayoritaria del Tribunal es «incoherente», ya que, por un lado, premia a las Cámaras con la declaración de la validez de una ley que les obliga a cumplir con un deber constitucional (que están incumpliendo), la designación de los vocales del CGPJ y, por otro, castiga al Consejo (como si fuera el incumplidor) con la privación de funciones esenciales atribuidas constitucionalmente para garantizar la independencia judicial[38].

Concluyo con una cita de la profesora Biglino Campos, en que los episodios descritos son datos preocupantes que nos sitúan en un contexto, en que «parece difícil convencer a cualquier observador europeo de que (...) no obedecen a la intención de hacer, precisamente, lo que Europa prohíbe, esto es, poner al CGPJ al servicio de los intereses de las principales fuerzas políticas»[39], o del control de los poderes legislativo o ejecutivo. Por ello, una vez renovado el Consejo después de un exhorbitante retraso de cinco años y medio, convendría reformar la LOPJ siguiendo los parámetros europeos sobre el sistema de elección de los miembros de los Consejos judiciales en relación con la independencia judicial y el Estado de Derecho.

[38] Cfr. también Rodríguez-Patrón, Patricia, «Sobre la regulación del Consejo General...», ob. cit., p. 153.

[39] Biglino Campos, Paloma, «Los estándares europeos...», ob. cit., p. 19. Acontecimientos que también preocupan a otros autores, como Macías Castaño, José, «El Consejo General del Poder Judicial...», ob. cit., pp. 113-114, que los sitúan «próximos al *backsliding*», como en Hungría o Polonia, «frente al que no estamos inmunizados». Difiere de esta posición López Aguilar, Fernando, «Encuesta sobre el Poder Judicial...», ob. cit., p. 42, para quien Polonia es un caso claro de «*Constitutional Breakdown* en materia judicial, sin parangón en Europa», pero su situación no tiene nada que ver con la de España.

CAPÍTULO 15
REFLEXIONES SOBRE LA FISCALIZACIÓN EXTERNA DE LAS CUENTAS PÚBLICAS[1]

Juan Fernando Durán Alba
(Universidad de Valladolid)
Profesor Titular de Derecho Constitucional

1. Introducción

Comenzaré con una cita que me va a servir para poner de manifiesto, desde el principio, la inescindible relación que existe entre quien realiza el control político de la gestión gubernamental —el Parlamento— y a quien cumple realizar la fiscalización técnica en el ámbito que nos ocupa: el órgano de control externo o entidad fiscalizadora.

La cita la he usado de forma recurrente desde que la encontrara cuando comencé a dedicar una parte de mi actividad investigadora al control externo de las cuentas públicas. Se trata de una frase atribuida al celebérrimo primer ministro de la época victoriana, lord Gladstone, y la refiere Alpheus Todd, un conocido historiador de la Constitución británica, en una obra sobre el Gobierno parlamentario en Inglaterra, cuya primera edición data de 1867. Posiblemente, la reflexión de Gladstone se deba, no tanto a su conocida condición de *Premier* del Ejecutivo británico, sino a su experiencia, en distintas ocasiones, como Canciller del *Exequer*, que viene a ser el equivalente a nuestro Ministro de Hacienda; decía lord Gladstone:

> «Es indisputablemente asunto de la Cámara de los Comunes ser responsable del acometimiento de todo gasto público, y es también su deber seguir el empleo de

[1] La elección del tema no es casual. Hace ya veintiocho años que una parte significativa de mi actividad investigadora se ha vinculado al control externo de las cuentas públicas y, precisamente, el comienzo de esta travesía se vio estimulado por la visión de la Profa. Biglino, que supo aprovechar el debate en torno a la introducción en los trabajos sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León de un órgano propio de control externo. Fruto de su liderazgo, se conformó un grupo de investigadores de distintas universidades y disciplinas que tuvo la oportunidad de reflexionar sobre la fiscalización de las cuentas públicas en los Estados constitucionales contemporáneos en torno a distintos proyectos de investigación. Sirvan estas líneas como un modesto homenaje y reconocimiento personal.

> los caudales levantados por la vía de los impuestos y pedir cuenta de ellos hasta el último *penique*»[2].

El autor manifestaba, a continuación de la cita, que estas funciones se facilitan, precisamente, mediante las previas investigaciones o indagaciones del órgano fiscalizador. Dejaré este último extremo apuntado y volveré sobre él más adelante.

Habida cuenta de la naturaleza de órganos de control que tienen las entidades fiscalizadoras de los gastos públicos, las relaciones institucionales entre éstas y los sujetos fiscalizados no siempre transcurren por los vericuetos de la anhelada lealtad institucional. Ni escasean los ejemplos en que las autoridades se permiten la pública descalificación en los medios de comunicación de los informes de fiscalización que les conciernen, ni ejemplos en que el Ejecutivo, usando la mayoría parlamentaria que lo sustenta, se vale de ella para obstaculizar la tramitación parlamentaria de los informes, cuando no para colocar al representante del órgano fiscalizador como el sujeto fiscalizado durante la presentación y debate del resultado de la fiscalización en la cámara parlamentaria[3]. Tampoco puede negarse la desconfianza manifestada, en el contexto de un Estado con una profunda —a la par que compleja— descentralización política hacia la existencia de los órganos fiscalizadores autonómicos, llegándose incluso a postular su sustitución en favor del Tribunal de Cuentas[4]. A continuación, se expondrán algunas cuestiones, por lo demás recurrentes, sobre nuestro vigente modelo de fiscalización de las cuentas públicas.

2. La fiscalización de las cuentas públicas en el estado constitucional

No resulta muy complicado establecer una conexión nítida entre las cláusulas que convencionalmente definen a los Estados constitucionales contemporáneos y la fiscalización de las cuentas públicas. Cláusulas que nuestro artículo 1.1 CE enuncia en orden inverso al de su gestación histórica, por más que su concreción vigente las haga, usando

---

[2] Todd, Alpheus, *El gobierno parlamentario en Inglaterra*. Tomo II, La España Moderna, Madrid (s. f.; aunque en el volumen consultado no consta fecha de la edición, un catálogo de la editorial la sitúa en 1901), p. 304 (me he permitido la licencia de sustituir el término «céntimo» de la traducción por penique, de ahí que haya optado por escribirlo en cursiva).

[3] De esta cuestión me he ocupado en Durán Alba, Juan Fernando, «*Vae Victis*! La tramitación parlamentaria de los informes de los órganos de control externo de las cuentas públicas», *Corts. Anuario de derecho parlamentario,* 20, 2008, pp. 67-89. Ciertamente, la lealtad ha de ser recíproca, sin que quepan actuaciones fiscalizadoras espurias; en este sentido, se ha apuntado los riesgos a que conduciría una extralimitación funcional del órgano fiscalizador, incluyendo valoraciones en los informes no estrictamente técnicas o sustituyendo a la Administración en la elección de sus prioridades de actuación [*vid*. Vallès, Francesc, «La garantía constitucional del ejercicio independiente del control externo del gasto público», *Auditoría Pública,* 28, 2003, p. 78-79].

[4] *Vid*. Biglino Campos, Paloma, «El Tribunal de Cuentas como garantía del Estado Social, del Estado Democrático y del Estado de Derecho», *Teoría y Realidad Constitucional,* 44, 2019, p. 98.

un término que tomo prestado del filósofo Leibniz, «composibles» (es decir: compatibles y posibles a la vez)[5].

2.1. Estado de Derecho

Se trata de la vinculación más intuitiva, más obvia, entre ambos términos de la relación. Al fin y al cabo, entendida la fiscalización que nos ocupa como un control de regularidad, de contraste entre el gasto y las normas que lo disciplinan, o si se quiere, la constatación de que dicho gasto se ha acometido *secundum legem*, la actividad fiscalizadora sería la concreción en un ámbito muy particular del *dictum* contenido en el artículo 9.1 CE: el sometimiento de los poderes públicos a la propia Norma Suprema y al resto del ordenamiento jurídico, en conexión con los principios que recoge el apartado tercero del mismo precepto, entre los que se encuentran, señaladamente, la *proscripción de la arbitrariedad* y la propia *responsabilidad* de los poderes públicos; y en conexión, asimismo, con los principios que, ya en particular, rigen la actuación de la Administración, según dispone el artículo 103 CE (entre los que aparece, de nuevo, el *sometimiento a la ley y al Derecho*)[6].

Huelga decir que el control de las cuentas públicas, en los Estados contemporáneos, trasciende de esa mera operación de contraste normativo para ubicarse, insoslayablemente, en una dimensión operativa en la que emergen criterios de carácter economicista (los conocidos como principios de E3: economía, eficacia y eficiencia) o de índole social: como pudieran ser los criterios de transparencia, medioambientales o de igualdad de género, entre otros[7].

Este tipo de auditorías, en origen más propias de los modelos anglosajones, aunque generalizadas en la actualidad, no siempre han sido bien recibidas por los destinatarios, que contraponían la eventual objetividad del control de legalidad frente a los mayores riesgos de subjetividad que supone dotar de contenido a esos criterios operativos[8]. Sin

[5] Aunque con otro enfoque, *vid.*, un análisis más exhaustivo en Biglino Campos, Paloma, *ibid.*, pp. 77-100.

[6] Este sería uno de referentes normativos que permiten justificar la controvertida facultad de algunos órganos de control externo en orden a la fiscalización de las cámaras parlamentarias de las que dependen. Controvertida, precisamente, por dicha relación de dependencia. Sin embargo, en un Estado de Derecho los órganos legislativos están sometidos a las normas jurídicas que disciplinan la ejecución presupuestaria. Por razones de espacio no puedo detenerme ahora en este problema. Sobre este particular, véase, Durán Alba, Juan Fernando, «¿Ámbitos inmunes o ámbitos exentos del control financiero externo?», *Auditoría Pública,* 22, 2000, pp. 72-77.

[7] Véase en este sentido, a título de ejemplo, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas: «La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género».

[8] Llama la atención que esta situación pueda encontrarse, incluso, en países con destacables innovaciones en el control operativo, como son las auditorías medioambientales realizadas por el órgano fiscalizador canadiense. Pues bien, en relación con la fiscalización operativa en este país se ha llegado a cuestionar desde el Ejecutivo la

embargo, no resulta ocioso recordar que, en nuestro Estado constitucional, el control operativo ha pasado de ser un encomiable desiderátum, de que se constate la existencia de buenas prácticas económicas en la actividad financiera de los poderes públicos, para convertirse en un imperativo constitucional, cuando el artículo 31.2 CE prevé que la programación y la ejecución del gasto público «responderán a criterios de eficiencia y economía».

2.2. Estado democrático

Retomo las reflexiones iniciales de lord Gladstone, con las que abría estas reflexiones, y que sintetizo ahora afirmando que el control político sobre la ejecución del gasto, que es el que corresponde al Legislativo, únicamente es posible si media una sólida fiscalización técnica, pues no es precisamente el campo de las finanzas públicas un terreno yermo de complejidad. Y recuérdese, en este sentido, que el control político no es privativo de los regímenes parlamentarios, en los que existe un marco de relaciones fiduciarias entre el Gobierno y el Parlamento, sino que está generalizado con independencia de la forma de organización política de una determinada comunidad.

Dicha conexión funcional explica las relaciones de dependencia interorgánicas entre órganos legislativos y entidades fiscalizadores y que, para explicar su significado, recurriré a uno de los célebres votos particulares concurrentes de don Rafael De Mendizábal Allende, que acompañaban a algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional cercanas a la materia que nos ocupa. Decía el Magistrado De Mendizábal Allende:

> «[L]a dependencia orgánica de las Cortes generales adquiere, además, un significado profundo. Sirve, en un aspecto negativo, para desvincularle del poder ejecutivo y, muy especialmente, del Ministerio de Hacienda, pero también —positivamente— para hacer patente y enfatizar su ámbito totalizador, como instrumento técnico para facilitar el control político de la acción del Gobierno que constitucionalmente corresponde a los Cuerpos colegiados donde se asienta la soberanía nacional. En cualquier caso, *aquella adscripción actúa como escudo para compensar la debilidad intrínseca de la institución frente a las fuerzas hostiles que la acosan desde siempre*»[9].

Este inciso final será rescatado más adelante.

---

intervención del Auditor General y se ha hecho contraponiendo legitimidades que invocan la inmediación de cada uno de los órganos con respecto del Parlamento: el Gobierno contrapone su legitimidad, sustentada en la relación de confianza política mantenida con la cámara, mientras que el Auditor hace valer su condición de *Officer* del Parlamento (Van Loon, Richard J., y Whittington, Michael S., *The Canadian Political System. Environment, Structure and Process*, McGraw-Hill Ryerson, Toronto, 1987, 4.ª ed., p. 584).

[9] (La cursiva es mía) *vid*. STC 190/2000, de 13 de julio (reiterado en la STC 98/2001, de 5 de abril).

Recuerdo, por lo demás, que tanto el Tribunal de Cuentas como los órganos fiscalizadores de las Comunidades Autónomas asumen dos relevantes funciones en este ámbito: la fiscalización de los gastos electorales y el control de la financiación de los partidos políticos (en este último caso, el Tribunal de Cuentas en mayor medida).

2.3. Estado social

Aparentemente la conexión en este caso se antoja más lábil, pero factible. Si el Estado social reclama de prestaciones públicas como recurso para alcanzar la igualdad material, en los términos del artículo 9.2 CE, y los recursos públicos son, por naturaleza limitados, la fiscalización sobre la correcta gestión de esos recursos se erige en un elemento de primera magnitud para desterrar las sempiternas sospechas sobre la finalidad —o por lo menos la gestión— espuria de este tipo de recursos públicos. Y creo que las buenas prácticas en esta materia son, si cabe, más trascendentales, pues la intervención pública en este ámbito, muy al socaire de la coyuntura económica, precisa de sólidos consensos sociales y políticos, que me parecen más fácilmente alcanzables en un contexto de conciencia generalizada de que ha existido una recta gestión.

3. La fiscalización de las cuentas públicas en el estado autonómico

3.1. Multiplicidad orgánica como resultado de un ámbito de concurrencia funcional

El silencio de la Constitución, a la vez que perfectamente comprensible, no ha sido óbice para la creación de las instituciones de fiscalización autonómicas. Ciertamente, en el diseño constitucional, la fiscalización externa de las cuentas públicas de las Comunidades Autónomas se atribuye al Tribunal de Cuentas, según se deduce del artículo 153, letra d), CE[10] en conexión con el artículo 136.1 de la misma norma. Silencio u omisión

[10] Precepto, dicho sea de paso, que impide que la creación de órganos propios desplace funcionalmente al Tribunal de Cuentas del Estado en materia de fiscalización, por eso me refiero a un ámbito material de concurrencia funcional (*vid*. SSTC 18/1991, de 31 de enero, FJ 2; 190/2000, de 13 de julio, FJ 11.h, y 98/2001, de 5 de abril, FJ 8.k). Ahora bien, constatada la eventual concurrencia, el Tribunal Constitucional sienta la obligación constitucional de introducir técnicas de reducción a la unidad de los controles para evitar duplicidades innecesarias (*vid*. SSTC 187/1988, de 17 de octubre FJ 11; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 28, y STC 18/1991, de 31 de enero, FJ 5); obligación que deriva del artículo 31.2 CE («[e]l gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y *su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*», la cursiva es mía). Es interesante resaltar que, con este criterio, el tribunal extiende la obligación de tener en cuenta criterios de eficiencia y economía, no sólo en las actuaciones de programación y ejecución del presupuesto, sino en los instrumentos de fiscalización de esta última.

comprensibles, dada la fecha de aprobación de nuestra Norma Fundamental en la que, no ya el diseño institucional de las Comunidades Autónomas, sino su propia existencia, o cuanto menos su generalización, se antojaba incierta, por más que estuviera en ciernes una incipiente experiencia preautonómica. Desde el punto de vista institucional, leídas hoy, algunas de las consideraciones del *Informe de Expertos* de 1981, sobre el que se sustentaron los iniciales acuerdos autonómicos, se antojan ingenuas.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha despejado cualquier sospecha de inconstitucionalidad que pudiera generar la creación de los órganos autonómicos y ha cerrado, desde antiguo, el debate en este sentido siempre que, la conformación normativa del órgano autonómico, no altere el estatus constitucional del Tribunal de Cuentas. Así, la cita reiteradísima del Tribunal Constitucional en orden a que *el Tribunal de Cuentas es supremo, pero no único, cuando fiscaliza y único, pero no supremo, cuando enjuicia la responsabilidad contable*[11], ha devenido prácticamente en un brocardo para quienes nos dedicamos a esta materia.

En el citado voto particular del Magistrado De Mendizábal Allende se califica con dureza al artículo 22 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) que dispone:

> «*Además* de los sistemas e instituciones de control que pudieran adoptar en sus respectivos Estatutos, y en su caso las que por la Ley se autorizaran en el territorio comunitario, al Tribunal de Cuentas corresponde realizar el control económico y presupuestario de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas, *sin perjuicio* del control que compete al Estado en el caso de transferencias de medios financieros con arreglo al apartado dos del artículo ciento cincuenta de la Constitución» (las cursivas con mías).

El magistrado califica al precepto, al incluir los términos «además» y «sin perjuicio», de ambiguo y claudicante, en tanto en cuanto que minimiza la imagen constitucional del Tribunal de Cuentas y mutila sus funciones fiscalizadoras y jurisdiccionales.

Creo, sin embargo, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha conjurado cualquier eventual riesgo en ese sentido. Respecto del Estado (el «sin perjuicio» que contiene el precepto), porque reconoce la lícita existencia de controles externos distintos del ejercido por el Tribunal de Cuentas, como lo son los eventuales controles parlamentarios que puedan ejercer las Cortes Generales, aunque sean controles propios del uni-

[11] *Vid*. SSTC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 9 (en el mismo sentido STC 18/1991, de 31 de enero, FJ 3). Como se ha puesto de manifiesto, algunas de las resoluciones del Alto Tribunal se centraban más en deslindar las facultades del órgano fiscalizador del Estado en relación con los órganos autonómicos que en precisar las relaciones interorgánicas en términos constitucionales (*vid*. Biglino Campos, Paloma, «El control de cuentas: un contenido necesario de la reforma constitucional». En Freixes Sanjuán, Teresa, y Gavara De Cara, Juan Carlos (coords.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 155).

verso de la discrecionalidad política, distintos de la fiscalización técnica que realiza aquél (o incluso los que corresponden a los tribunales ordinarios en el ejercicio de su función jurisdiccional). Ahora bien, con respecto a la fiscalización de las Comunidades Autónomas, la atribución al Estado de controles administrativos internos sobre la justificación del gasto de las Comunidades Autónomas, además de lesionar la autonomía de las mismas, invade, precisamente, la reserva funcional del Tribunal de Cuentas en los términos en que la recoge el artículo 153, letra d), CE[12].

Con respecto al «además» a que se refiere el artículo 22 LOFCA, esto es, a la eventual existencia de los órganos autonómicos, esta norma no es ni mucho menos una norma atributiva de competencias a las Comunidades Autónomas en la materia. La facultad de creación de las instituciones fiscalizadoras autonómicas no deriva, pues de esta ley orgánica, sino de la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas, según viene siendo reconocida por el Máximo intérprete de la Constitución. Hasta tal punto que, en rigor, la creación de estas instituciones no requeriría ni siquiera de previa cobertura estatutaria, en los términos del artículo 147.2 CE, al no ser instituciones de autogobierno.

3.2. Algunas posibles inconsistencias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Advierto desde el principio que dichas inconsistencias son, en cualquier caso, menores.

En materia de enjuiciamiento contable, una vez afirmada su naturaleza jurisdiccional, que con carácter necesario e improrrogable, pleno y exclusivo, corresponde al órgano nacional, sin perjuicio de la eventual delegación de las facultades instructoras de los procedimientos de responsabilidad contable a los órganos autonómicos, el Tribunal Constitucional señala, cuando niega la competencia del órgano autonómico en la materia, que la norma autonómica carece de cobertura constitucional y estatutaria en la materia[13]: ¿cabe interpretar, *a contrario*, que si el correspondiente Estatuto de Autonomía atribuyera funciones de enjuiciamiento al órgano autonómico sería constitucionalmente admisible? No creo posible tal interpretación: de acuerdo con la naturaleza jurisdiccional de la función de enjuiciamiento, no me parece que pueda admitirse que un Estatuto de Autonomía, por muy carácter de ley orgánica que tenga, pueda desapoderar al Tribunal de Cuentas de estas facultades. Y no resulta posible forzar en este sentido la jurisprudencia del Alto Tribunal, porque éste ha declarado reiteradamente el carácter exclusivo y único del orden jurisdiccional en materia de

[12] *Vid*., en este sentido, SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 5, y 9237/1992, de 15 de diciembre, FJ 9.
[13] *Vid*. STC 187/1988, de 17 de octubre, FFJJ 3 y 5.

enjuiciamiento contable, con la excepción, de la participación de los órganos autonómicos en la fase instructora de los procedimientos de responsabilidad contable, siempre previa delegación del propio Tribunal de Cuentas en los términos previstos en su ley orgánica[14].

La segunda inconsistencia tiene que ver con la afirmación que desliza el Tribunal Constitucional en alguna de sus resoluciones, según la cual «el ámbito principal y preferente del ejercicio de su función fiscalizadora [se refiere al Tribunal de Cuentas del Estado] es la actividad financiera del Estado y del sector público estatal»[15]. El adjetivo *preferente* no se compadece muy bien con los artículos 136.1 y 153, letra d), CE ya referidos. Desde luego, la afirmación del tribunal no creo que pueda sustentar una suerte de querella competencial, vía un eventual conflicto, en la que se reprochara al Tribunal de Cuentas un ejercicio «desmesurado» de la fiscalización sobre el sector público autonómico; en fin, no veo al órgano encargado de resolver el conflicto realizando una suerte de test de proporcionalidad en este particular[16]. Más bien, en todo caso, podría invocarse, en el ejercicio de la función nomofiláctica del Tribunal Constitucional, ante el enjuiciamiento de una norma estatal que tuviera una finalidad radicalmente ablativa sobre las facultades fiscalizadoras de las comunidades autónomas.

Una cosa es que el propio Tribunal Constitucional haya llamado la atención sobre la necesaria articulación de los controles estatales y autonómicos en esta materia, cuando se refiere al «empleo, en su caso, de las técnicas tendentes a reducir a unidad la actuación de uno y otros y a evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades, que serían contrarias a los criterios de eficiencia y economía enunciados en el artículo 31.2 de la Constitución» y otra cosa bien distinta tratar de limitar la actuación del órgano nacional en los términos apuntados.

Es asimismo llamativo, el aparente apartamiento de la línea jurisprudencial mantenida consistentemente cuando se han impugnados normas del Estado o de las Comunidades Autónomas que, al prever la fiscalización de un determinado ámbito, únicamente contemplaban la intervención del correspondiente órgano sin mención expresa

[14] Sobre este particular, *vid*., con mayor detalle, Delgado del Rincón, Luis E., «La articulación de la función de enjuiciamiento contable entre el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo autonómicos». En Bigliano Campos, Paloma, y Durán Alba, Juan Fernando (dirs.), *Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 237-271.

[15] *Vid*. STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 34.

[16] Por parte de algún autor se ha apuntado la posibilidad de recurrir al conflicto de competencias ante la eventual existencia de fiscalizaciones contradictorias, entre el órgano nacional y el autonómico, derivadas de una interpretación divergente del ordenamiento jurídico, con menoscabo de los principios de unidad del ordenamiento y de seguridad jurídica; tal y como está planteada la tesis, ésta choca con la redacción vigente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, planteando problemas de legitimación y acerca de la propia naturaleza del conflicto como un mecanismo de *vindicatio potestatis*, sobre los que ahora no puedo extenderme (*vid*. Porras Gómez, Antonio M., *La gobernanza multinivel del gasto público europeo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 234 y ss.).

del otro, aunque pudiera ser competente. La doctrina del Tribunal Constitucional puede resumirse en que no existe lesión de la autonomía constitucionalmente garantizada a las Comunidades Autónomas porque la ley estatal atribuya la fiscalización de un determinado ámbito de la actividad económica autonómica al Tribunal de Cuentas del Estado. Y no hay lesión porque dicha atribución no puede entenderse por sí misma excluyente del control encomendado, en su caso, al órgano autonómico de control externo (o lo que es lo mismo, existiría lesión únicamente cuando la norma estatal sí excluyera expresamente la fiscalización autonómica)[17]. Por su parte, desde el punto de vista de los intereses del Estado, la atribución, por parte de las normas autonómicas, de la fiscalización de los entes locales al correspondiente órgano de control externo, tampoco puede entenderse por sí misma contraria a la Constitución desde el momento en que en la misma no se contiene una expresa exclusión a la intervención del Tribunal de Cuentas[18].

Sin embargo, con posterioridad el Tribunal Constitucional ha mantenido, al impugnarse, por parte del Gobierno catalán, mediante conflicto positivo de competencias, una convocatoria estatal de ayudas en materia cultural, que la previsión contenida en el apartado duodécimo vulnera las competencias del recurrente, al establecer actuaciones de comprobación del Tribunal de Cuentas «obviando los órganos de control propios de que dispone la Comunidad Autónoma de Cataluña». De esta forma, el tribunal, no distingue, como hiciera anteriormente, entre los controles de la Intervención General del Estado que «sólo es propio de las subvenciones que corresponda gestionar al Estado» y la fiscalización del Tribunal de Cuentas, con el resultado de asimilar ambos ámbitos de fiscalización y, en consecuencia, estimarlos invasivos de las competencias autonómicas[19].

3.3. La fiscalización de los entes locales

Solo una breve nota sobre la fiscalización de los entes locales[20]. Nuestra Norma Fundamental reconoce en el artículo 137 autonomía constitucionalmente garantizada, no solo a las Comunidades Autónomas que se constituyan, sino a la estructura territorial sobre la que se superponen y que las prexiste: los entes locales. Y todo ello, aunque que se trate de autonomías cualitativamente distintas, y aunque el Tribunal Constitucional haya calificado, de manera desafortunada y poco convincente me parece, como

[17] STC 206/2001, de 22 de octubre, FJ 13.

[18] *Vid*. SSTC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 9, y 18/1991, de 31 de enero, FJ 3.

[19] *Vid.* STC 89/2012, de 7 de mayo, FJ 9.e).

[20] *Vid*., con mayor extensión, Fernández Llera, Roberto, y Morán Méndez, Eloy, «Presupuestos, cuentas y control externo del sector público local», *Presupuesto y Gasto Público,* 89, 4/2017, pp. 33-49.

autonomía administrativa a la local y con el adjetivo de *política* a la de las Comunidades Autónomas[21].

Pues bien, aunque se ha afirmado la concurrencia de las fiscalizaciones estatal y autonómica de los entes locales[22], el Tribunal Constitucional ha establecido las pautas que ha de seguir dicha fiscalización para no vulnerar la autonomía local: primero, que se trata de un control concreto que no coloca a la corporación local en situación de dependencia jerárquica con respecto de la Comunidad Autónoma (ni, en su caso, del Estado); y, segundo, que es a los propios órganos representativos de las corporaciones locales a quienes les compete entender y valorar esos informes sin perjuicio de su traslado al Parlamento autonómico (o a las Cortes Generales)[23].

4. Reflexiones finales sobre la articulación vertical y horizontal de la función fiscalizadora

A quienes se aproximan por primera vez al estudio del régimen institucional de las Comunidades Autónomas les llama la atención la diferente articulación de los órganos estatales y autonómicos en función del ámbito en el que actúan. Por poner un ejemplo de contraste fácilmente comprensible: en el ámbito de la función consultiva, la creación del órgano autonómico provoca el desplazamiento funcional del Consejo de Estado, en aplicación de lo que algún autor ha llamado «la doctrina de la sustitución» según los parámetros contenidos en la STC 204/1992, de 26 de noviembre. Ahora bien, ello no acontece en el ámbito de la fiscalización de las cuentas públicas en el que, allí donde existe órgano propio autonómico, se convierte en un ámbito de concurrencia funcional sin que quepa el desplazamiento del Tribunal de Cuentas.

Hay quienes entienden que el diseño constitucional no se compadece bien con la realidad institucional y competencial de las Comunidades Autónomas y que, en este contexto, la fiscalización del Tribunal de Cuentas viene a ser un residuo de un momento fundacional ya superado (dejo fuera de estas consideraciones, por su naturaleza jurisdiccional, a la función de enjuiciamiento). Sin embargo, la solución del problema es más compleja que el recurso a una simple reforma constitucional que operara exclusivamente sobre el ámbito de la fiscalización, toda vez que como resulta sobradamente conocido persiste una evidente asimetría entre los dos términos que integran la autonomía

[21] Por más que el tribunal haya señalado el carácter *bifronte* de la autonomía local, que permite a los entes locales su relación directa con el Estado o las Comunidades Autónomas (ya afirmado por el Tribunal Constitucional en la STC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 4).

[22] El Tribunal Constitucional justifica la fiscalización autonómica sobre los entes locales —con las cautelas que se expondrán a continuación— en que éstos fondos de las Comunidades Autónomas en las que radican (STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 10).

[23] STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 10.

financiera de la mayoría de las Comunidades Autónomas: la autonomía de ingresos y la autonomía del gasto.

Sin necesidad de esperar a una reforma constitucional en esta materia, considero que hay espacios para avanzar en una correcta articulación vertical de la fiscalización de las cuentas públicas. Creo que existe espacio para explorar y avanzar en una expansión de las auditorías operativas (con la necesaria prudencia de quien no es especialista en esta materia tan concreta) como un ámbito privilegiado en la actuación de las instituciones autonómicas[24]. Siempre que un ingenuo a la par que inconsciente entusiasmo en esta materia no conduzca a desterrar el control de legalidad de la fiscalización externa de las cuentas públicas, como con algún exceso se ha llegado a postular. Como constitucionalista asisto, con preocupación creciente, a los intentos frecuentes de mediatizar, devaluar o manipular los controles externos de los poderes públicos.

¿Y qué decir, desde un punto de vista de la articulación horizontal, en el ámbito interno de las propias Comunidades Autónomas? ¿Hay espacios para la mejora?

Rescato el inciso final de las reflexiones del magistrado De Mendizábal Allende sobre las relaciones interorgánicas entre el Parlamento y los órganos de fiscalización: «*aquella adscripción actúa como escudo para compensar la debilidad intrínseca de la institución frente a las fuerzas hostiles que la acosan desde siempre*».

Sin negar valor a la reflexión expuesta (el autor se refiere, recuerdo, a la vinculación con las cámaras parlamentarias de los órganos de control externo), uno de los problemas de los que adolece es que, por lo menos en parte, no se ajusta a un contexto en el que la relación dialéctica, en términos políticos, se ha alterado. Esa reflexión es propia de un modelo en que los términos de la relación dialéctica enfrentan políticamente al Ejecutivo y al Legislativo, considerados orgánicamente. Y decía que los términos de la relación dialéctica se han alterado porque sobre los mismos incide indefectiblemente la lógica partidaria o, si queremos calificarla más noblemente, del Estado de partidos: es decir, la relación dialéctica se sustancia entre mayorías y minorías parlamentarias.

En este contexto, es difícil que el Ejecutivo resista la tentación de usar la mayoría parlamentaria que lo sustenta, no ya para que prosperen sus iniciativas en una legítima aplicación de la regla de la mayoría ligada al principio democrático, sino para frenar o mediatizar el propio desarrollo de la, también legítima, actividad parlamentaria.

---

[24] Sin embargo, ha de destacarse que existen posiciones doctrinales favorables al incremento de las auditorías operativas en detrimento de los controles de regularidad formal, *vid.* Martínez Martí, Gabriel, y Muñoz San Román, Eudoro, «Doce propuestas de mejora y una desiderata desesperada sobre la eficacia y eficiencia de los Órganos de Control Externo (OCEX)», *Auditoría Pública,* 69, 2017, p. 60. Respecto del Tribunal de Cuentas, *vid*., Ballart, Xavier, «¿Se puede cambiar el Tribunal de Cuentas?». *El País*, 1 de abril de 2013, disponible en: https://elpais.com/elpais/2013/03/22/opinion/1363948300_138055.html (último acceso: 29/06/2024).

PARTE IV

ESTUDIOS SOBRE LA LEY Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 16
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES LEGALES POR CONEXIÓN O CONSECUENCIA

Carlos Ortega Santiago
Letrado de adscripción temporal
Tribunal Constitucional

1. La extensión del juicio de inconstitucionalidad a preceptos legales no impugnados y la justificación de su previsión normativa

El artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone, respecto de los procedimientos de inconstitucionalidad, que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia». Este último inciso del apartado reproducido, que permite al Tribunal Constitucional extender su enjuiciamiento más allá de las disposiciones legales en las que ha quedado fijado el objeto del recurso o de la cuestión, es de especial trascendencia en cuanto al alcance de la jurisdicción constitucional, puesto que permite a aquél actuar de oficio en un ámbito tan delicado como es el de la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, del producto normativo directamente vinculado con la voluntad popular.

En la configuración de la justicia constitucional concentrada, aunque los tribunales constitucionales se pudieran considerar en cierto sentido como órgano del poder legislativo, como se hizo inicialmente en el periodo de entreguerras, por su capacidad para *innovar* el ordenamiento jurídico a través de la anulación de las leyes (*legislador negativo*), su actuación en los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes se articula en todo caso al *modo jurisdiccional* y no *al modo parlamentario*, por ser los tribunales [constitucionales] órganos de aplicación del Derecho, y no de creación libre del mismo[1]. Su jurisdicción es *rogada*, intervienen *a instancia de parte*, y por ello, en

[1] Kelsen, H., «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)», *Revue du Droit Public et de la Science Politique,* XXXV, 1928, pp. 197-257.

principio, *nunca de oficio*, viniendo definido el objeto de su enjuiciamiento por las partes en el proceso[2].

No obstante, ya en el mismo origen de la jurisdicción constitucional concentrada se planteó la conveniencia o la necesidad de que los tribunales constitucionales no quedasen constreñidos, en su función de depuración del ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales, al enjuiciamiento de los concretos preceptos legales que eran llevados ante su jurisdicción; puesto que la coherencia del sistema normativo y la protección del derecho objetivo podían exigir, por ejemplo, que la inconstitucionalidad parcial de una ley se extendiese al resto de sus preceptos, o que la declaración de la incompatibilidad de las normas de una ley con la constitución fuese de aplicación a otros textos legales conteniendo las mismas normas (*parallelnormen*)[3].

Por otra parte, la potestad de los tribunales constitucionales para declarar de oficio la inconstitucionalidad de disposiciones legales no expresamente impugnadas ha sido recibida formalmente en los ordenamientos jurídicos con jurisdicción constitucional concentrada posteriores a la II Guerra Mundial[4]; además, esa potestad no es ajena a los sistemas con control difuso de la constitucionalidad de las leyes[5], y se ha proyectado, también, sobre una jurisdicción materialmente constitucional como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[6]. En ese contexto se sitúa nuestro ordenamiento, en el que, como en todos los mencionados, subsiste una indudable tensión entre mantener al Tribunal Constitucional en el espacio propio de su naturaleza jurisdiccional y de la

---

[2] Aunque, para Kelsen, H., «La garantie juridictionnelle...», al considerar que tiene una importancia fundamental la cuestión del modo de introducir el juicio ante el tribunal constitucional, llega a postular la posibilidad de una *actio popularis* o de que uno de los magistrados del propio tribunal sea investido como *procurador* o *fiscal federal* para impugnar en cualquier momento cualquier ley (como lo propone en la tramitación de la constitución austríaca). Se refiere a estas cuestiones Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 259 y ss. La constitución española de la II República (art. 100) preveía una acción popular ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, que se concretó después en el artículo 31 de su ley orgánica, donde se legitimaba a la parte interesada en un proceso a plantear recurso de inconstitucionalidad si el Tribunal Supremo dictaminara la no procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad frente a la ley cuya inconstitucionalidad fue alegada por esa parte.

[3] Cruz Villalón, P., *La formación del sistema...*, pp. 122, 194 y 368.

[4] Esa codificación en los distintos ordenamientos comparados de nuestro entorno se ha producido de distintas maneras, debido a la distinta configuración de la justicia constitucional y de los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes presente en cada uno de ellos. La expresa previsión normativa del alcance y los límites de la jurisdicción constitucional es especialmente relevante si tenemos en cuenta que sus decisiones no están sujetas a revisión (Ahumada Ruiz, M., *La jurisdicción constitucional en Europa*, Garrigues, Cátedra-Thomson, Aranzadi, Madrid, 2005, pp. 295 y ss.); a algunas de esas regulaciones (Portugal, Alemania, Italia, Francia) haremos alguna referencia posteriormente.

[5] Como ocurre en el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y de la problemática, allí surgida, en cuanto a la separabilidad o no de las cláusulas de las leyes para proscribir o permitir la extensión de la declaración de inconstitucionalidad [por ejemplo, Stern, R. L., «Separability and Separability Clause in the Supreme Court», *Harvard Law Review,* 51, 1937, pp. 76 y ss.; Walsh, K. C., «Partial Unconstitutionality», *New York Law Review,* 85, 2010, pp. 738 y ss.].

[6] Ortega Santiago, C., «La anulación total o parcial de los actos legislativos comunitarios por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Teoría y Realidad Constitucional,* 33, 2014, pp. 243 y ss.

condición rogada de su enjuiciamiento, y permitirle a la vez una cierta capacidad de actuación de oficio[7], anclada en principios como el de *seguridad jurídica* o el de *economía procesal*, así como en la *función nomofiláctica* de la jurisdicción constitucional que puede hacer pertinente un enjuiciamiento de inconstitucionalidad al margen o anticipándose a una impugnación de una disposición legal[8].

En este sentido, la posibilidad de extender el enjuiciamiento de inconstitucionalidad y, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad, más allá de los preceptos legales impugnados, puede tener una distinta explicación ya se trate de la extensión a preceptos de la misma ley, ya se trate de la extensión a preceptos de otro texto normativo diferente. Respecto del primero de los supuestos, debemos tener en cuenta que es la propia Constitución la que parece abrir esta posibilidad, cuando establece que «salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad» (art. 164.2); y a pesar de lo desafortunada que pueda parecer esta redacción, al poder significar, «*a contrario*, que el fallo pueda perfectamente disponer que la nulidad que en el mismo se aprecia quede extendida a preceptos en los cuales no exista tacha alguna de inconstitucionalidad»[9], lo cierto es que la doctrina considera, también, que lo dispuesto en el último inciso del artículo 39.1 LOTC encuentra su anclaje constitucional en el referido precepto del artículo 164.2.

Pero, además, esta velada apertura de la Constitución a la extensión del juicio de constitucionalidad a preceptos no impugnados de la misma ley que los recurridos o cuestionados, y que se concreta más específicamente en el artículo 39.1 LOTC, es perfectamente lógica si tenemos en cuenta que la selección de los preceptos impugnados de

[7] Buena muestra de esa tensión es la fallida modificación del régimen de la inconstitucionalidad por conexión o consecuencia prevista en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, tramitada en la VIII Legislatura, donde se establecía la posibilidad de extender la declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia «a preceptos de una ley, disposición o acto con fuerza de ley, distintos del impugnado» (BOCG, VIII Legislatura, Serie A, 60-1, de 25 de noviembre de 2005), y que, como consecuencia de la tramitación parlamentaria, no se mantuvo en el texto definitivo de la Ley Orgánica 6/2007.

[8] En este sentido, es relevante que el Tribunal Constitucional haya anticipado su juicio de constitucionalidad, por conexión o consecuencia, sobre preceptos legales que se encontraban impugnados ante su jurisdicción, por la vía de la cuestión, en causas aún no resueltas y distintas a aquélla en la que realiza su enjuiciamiento, concluyendo con la declaración de inconstitucionalidad y nulidad conexa «para garantizar la eficacia inmediata, directa y plena» de los preceptos constitucionales infringidos (STC 69/2024, de 24 de abril FJ 6; en sentido similar, aunque sin explicitar esa razón, STC 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 7).

[9] En estos términos se expresa, de modo crítico, Garrorena Morales, A., «Art. 164». En Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XII, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1999, p. 383, quien considera este precepto, en su literalidad, un despropósito; en términos similares a lo planteado por Rubio Llorente, F., y Aragón Reyes, M., «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad», *Revista de Estudios Políticos,* 7, 1979, pp. 168 y ss., que lo consideran un precepto carente de significado, salvo para aludir a lo que después dispone la LOTC. Como veremos después, la posible nulidad de un precepto legal, por conexión o consecuencia, sin incurrir en inconstitucionalidad, no es necesariamente tan inconsistente, ni tampoco lo es, por ello, el precepto constitucional mencionado.

un texto legal viene determinada, en el recurso de inconstitucionalidad, por la voluntad impugnatoria del legitimado para su interposición[10], y, en la cuestión, por el juicio de aplicabilidad y de relevancia que circunscribe el objeto de las disposiciones de un texto legal que pueden someterse al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional por esa vía[11]. En cualquiera de los dos casos, ese Tribunal puede encontrarse con que la inconstitucionalidad de los preceptos legales impugnados exige, al mismo tiempo, extender su enjuiciamiento a otros preceptos no impugnados, entre otras razones, porque integran un sistema normativo con el impugnado, o porque la coherencia interna de la ley no se sostiene a partir de la inconstitucionalidad del precepto recurrido.

Tampoco la extensión del juicio de inconstitucionalidad a preceptos de una ley distinta a aquélla de la que forman parte las disposiciones impugnadas está exenta de justificación, aunque no se prevea en nuestro ordenamiento y no sea la regla en los ordenamientos comparados[12]. Así se pone de manifiesto, en primer lugar, por la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos (*plurilegislativos*), que puede dar lugar a que una misma norma jurídica, o un mismo precepto, se contenga en diferentes textos normativos de variada procedencia. Por ello, como el enjuiciamiento del Tribunal Constitucional se realiza a partir de las normas que se derivan de los preceptos legales impugnados, pero el fallo de la sentencia, con la consiguiente declaración de inconstitucionalidad y nulidad, sólo se extiende al texto normativo impugnado (*el vehículo legal contenedor de normas*), puede ser necesario o conveniente que el tribunal pueda extender su enjuiciamiento a textos legales con idénticos preceptos pero que no han sido impugnados ante su jurisdicción, y ello con el objeto de hacer efectiva su sentencia y la preservación de la Constitución.

---

[10] El objeto del recurso de inconstitucionalidad puede venir determinado por la voluntad del recurrente, pero también, por ejemplo, cuando se acude al trámite conciliatorio previsto en el artículo 33.2.b) LOTC, por el marco de discrepancia o controversia fijado en el acuerdo de inicio de negociaciones, que limita el ámbito de enjuiciamiento inicial, pero que no impide, al mismo tiempo, la extensión de la declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia (STC 82/2016, de 28 de abril, FFJJ 2 y 7).

[11] La extensión de la inconstitucionalidad y nulidad por conexión o consecuencia está admitida sin dudas por el Tribunal Constitucional, aunque el precepto al que se extiende el enjuiciamiento no sea relevante en el juicio *a quo* (por todas, recientemente, STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 8).

[12] De manera sucinta, en Portugal la doctrina ha admitido la extensión del enjuiciamiento a las normas interpuestas, pero no a otras disposiciones de la ley impugnada o de otra distinta (Gomes Canotilho, J. J., y Moreira, V., *Constituiçao da República portuguesa anotada,* Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 1026 y ss., y 1035 y ss.). En Francia, la configuración del control de constitucionalidad como un control preventivo, hasta la introducción de la *question prioritaire de constitutionnalité*, no ha impedido que el Conseil Constitutionnel haya extendido el enjuiciamiento y la declaración de inconstitucionalidad a otras leyes o disposiciones distintas ya promulgadas, con los problemas que genera un pronunciamiento de este tipo en una jurisdicción constitucional de carácter exclusivamente preventivo (*Décisions* del Consejo, nº 85-187; nº 99-410; n.º 2004-490 y 2015-712; Bezzina, A.-C., *Les questions et moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Dalloz, París, 2014, p. 322). En Alemania la inconstitucionalidad conexa solo cabe en la misma ley (art. 78 de la *Gesetz über Bundesverfassungsgericht*). En Italia, cabe que la *Corte Costituzionale* declare la inconstitucionalidad de otras disposiciones legislativas, de la misma o de distinta ley (Romboli, R., «Illegittimità costituzionale conseguenziale e formazione "giurisprudenziale" delle disposizioni processuali», *Giurisprudenza Costituzionale,* 1992).

Los supuestos en que cabe esta reiteración de preceptos legales en distintos vehículos normativos es muy variada: Así puede ocurrir con las disposiciones normativas del gobierno y sus correspondientes leyes parlamentarias de referencia; con las leyes de diferentes comunidades autónomas que regulan en los mismos términos una realidad; con los estatutos de autonomía que contienen idénticos preceptos; o con disposiciones con rango de ley que *interseccionan* sobre el mismo espacio material y regulan del mismo modo una institución (el reglamento parlamentario y la ley electoral, por ejemplo). En ese sentido, en el ámbito de estados con descentralización política, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de las leyes impugnadas puede actuar para que subsistan en el ordenamiento subsistemas normativos colocados en pie de igualdad respecto de la Constitución, evitando así los efectos perniciosos de una política de recursos ejercida por las legitimados para impugnar las leyes ante el Tribunal Constitucional; más aún cuando, en determinadas circunstancias, puede haber disposiciones normativas de rango infraconstitucional que podrán ser impugnadas a través del recurso de inconstitucionalidad, pero lo podrán ser difícilmente a través de la cuestión[13].

Además, en la jurisdicción constitucional de nuestros días es habitual que los tribunales constitucionales deban utilizar normas subconstitucionales como parámetro de la constitucionalidad de las leyes; normas interpuestas que, a su vez, pueden ser objeto del juicio de constitucionalidad; y, en determinados casos, el Tribunal Constitucional se verá obligado a enjuiciar la norma parámetro para determinar, a partir de su inconstitucionalidad o —incluso— de su constitucionalidad, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada. En estas condiciones, parece plenamente justificado, también, que el juicio de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional sobre la norma interpuesta pueda tener proyección sobre el fallo y la consiguiente declaración de nulidad-inconstitucionalidad de esa norma infraconstitucional que sirve de parámetro.

2. Principios que delimitan la atribución de la extensión de la inconstitucionalidad-nulidad por conexión o consecuencia en el ordenamiento español

La actuación de oficio del Tribunal Constitucional para extender su enjuiciamiento y su fallo más allá de los preceptos legales impugnados supone, en principio, una excep-

[13] Así lo han expresado, respecto de los estatutos de autonomía o de determinadas normas contenidas en los mismos, Rubio Llorente, F., «El bloque de constitucionalidad», ahora en *La forma del poder*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 78 y ss., y Jiménez Campo, J., «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad». En *Los procesos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, pp. 22 y 23.

ción o una quiebra del principio procesal de congruencia, que exige la conformidad o la adecuación de la sentencia a la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso (las disposiciones legales recurridas o cuestionadas ante la jurisdicción constitucional)[14]. De cualquier forma, en la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional se enfrenta a esta cuestión, ya puso de manifiesto que «no debe olvidarse, sin embargo, que es función del Tribunal la depuración del ordenamiento jurídico y que, por esto, ante él no rige de manera completa el principio dispositivo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 3); de manera que el *interés público objetivo* en esa depuración *trasciende* los intereses particulares de los promotores del recurso (STC 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 2), o los de las partes en el proceso *a quo* y el del propio órgano judicial que plantea la cuestión (ATC 17/1983, de 18 de enero, FJ 2).

Además, son otros los matices que concurren en los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes que conducen a entender que, más allá de la prevalencia del interés público objetivo en la depuración del ordenamiento jurídico, la inconstitucionalidad conexa o consecuencial no producirá tampoco, habitualmente y de por sí, una quiebra en el principio contradictorio que ha de presidir los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes. Esto es más evidente en el recurso de inconstitucionalidad, por diversos órdenes de motivos. Así, al tratarse de un recurso directo frente a una ley o alguno de sus preceptos, las partes en el proceso y, en particular aquéllas que intervienen defendiendo la constitucionalidad de las disposiciones legales recurridas, cuentan ya con la certeza, que se deriva del propio ordenamiento jurídico (art. 39.1 LOTC), de que el juicio de constitucionalidad podría extenderse a preceptos que el recurso de inconstitucionalidad no ha impugnado, o respecto de los cuales la impugnación se ha realizado de tal forma que han de considerarse excluidos del *thema decidendi* (el objeto) del proceso constitucional, que se corresponde con los preceptos legales impugnados así especificados en el suplico del recurso.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado que la mera alegación formal de un precepto de la ley (o, en el extremo, de la ley en su conjunto) no es suficiente para considerarlo impugnado y objeto necesario, por ello, de su enjuiciamiento, ya que el recurrente ha de aportar fundamentos, argumentos, razonamientos específicos de la inconstitucionalidad (por ejemplo, STC 195/1998, de 30 de octubre, FJ 1), porque «... la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación y no caben impugnaciones globales carentes de una razón suficientemente desarrollada» (STC 43/1996, de 17 de abril FJ 5).

[14] En este sentido se expresan, Gómez Montoro, A., «Art. 39». En Requejo Pagjés, J. L. (coord.), *Comentarios a la LOTC*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2001, p. 603, y Garrorena Morales, A., *op. cit.*, p. 311. Manifiesta dudas al respecto, en la doctrina italiana, Pizzorusso, A., «Art. 134». En Branca, A. (coord.), *Commentario della Costituzione*), Zanichelli-Foro italiano, Bolonia-Roma, 1981, p. 124; mientras que C. Mortati, por ejemplo, afirma que sí supone una derogación del principio de congruencia (en *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Cedam, Padua, 1975, p. 1421).

Lo cual no significa que, si el Tribunal Constitucional lo considerase necesario, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 39.1 LOTC, no vaya a extender su enjuiciamiento a esos preceptos carentes de fundamentación sobre su inconstitucionalidad.

Y a similar conclusión hemos de llegar con la práctica habitual en los recursos de inconstitucionalidad, que en algún momento llegó a convertirse en una «clásula de estilo» (en palabras del propio Tribunal), que consiste en impugnar determinados preceptos de una ley y en ampliar esa impugnación, en el suplico de la demanda, a aquellos preceptos a los que pudiera extenderse la declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia[15]. Desde sus primeras decisiones el Tribunal ha considerado que una alegación de este tipo, aunque se contenga en el suplico de la demanda, no es suficiente para que deba entrar a enjuiciar todos los preceptos de la ley recurrida; pero es sabido, también, que eso no excluye el posible enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional, de oficio, de esos preceptos no impugnados, si concluyera que ha de extender a ellos su declaración de inconstitucionalidad y de nulidad.

En el caso de la cuestión, el objeto de la impugnación viene más limitado porque el órgano judicial viene vinculado por el criterio de la relevancia y no puede cuestionar, por conexión o consecuencia, otros preceptos de la ley que no cumplan con ese criterio en el juicio *a quo*. Por otra parte, la solicitud de la ampliación del objeto del enjuiciamiento y del fallo del Tribunal Constitucional a otros preceptos de la ley no impugnados es más factible en la cuestión, puesto que, en la fase de alegaciones, además de los órganos que pueden intervenir a favor o en contra de la constitucionalidad de la ley, también intervienen el ministerio fiscal y los interesados en la causa ante la jurisdicción ordinaria.

Puede decirse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido precisa en algún momento en cuanto a la extensión del objeto de la impugnación en la cuestión de inconstitucionalidad a preceptos conexos o consecuenciales que no son relevantes para el fallo en el procedimiento judicial; en algunos casos ha admitido esa extensión alegada por el juez *a quo* (STC 159/1991, de 18 de julio, FJ 1), en otros se muestra estricto inadmitiendo la extensión del objeto de la impugnación con base en el principio de relevancia (STC 297/2006, de 11 de octubre, FJ 6)[16].

---

[15] Esa forma de plantear el recurso de inconstitucionalidad puede llevar al *absurdo* de que se suplique la declaración de inconstitucionalidad de una ley, subsidiariamente la de determinados preceptos de la misma delimitados en dicho suplico, y también la de aquéllos otros a los que el Tribunal considere oportuno extender la declaración por conexión o consecuencia. A lo ilógico de esta práctica se refiere Gómez Montoro, A., «Art. 39», *op. cit.*, p. 604.

[16] Lo más reseñable en esta última sentencia es que el Tribunal Constitucional utiliza el criterio de la relevancia no ya para impedir una extensión del objeto de la impugnación por parte del órgano judicial o de las partes en el proceso, sino para excluir la utilización de su atribución para declarar la inconstitucionalidad por conexión o consecuencia de preceptos legales no impugnados, lo cual está reñido con su jurisprudencia anterior y posterior y con las propias previsiones del artículo 39.1 LOTC.

En cualquier caso, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede concluirse que, en la cuestión de inconstitucionalidad, si el órgano judicial impugna preceptos no relevantes para la causa por conexión o consecuencia con los que lo son, el Tribunal Constitucional no los enjuiciará en primera instancia, al no poder constituir el objeto de la causa, pero podrá enjuiciarlos después, si se cumplen las condiciones del artículo 39.1 LOTC, y declararlos inconstitucionales y nulos[17]. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional puede extender la declaración de inconstitucionalidad y nulidad a preceptos legales que no son relevantes y que no han sido impugnados por el órgano judicial *a quo*, y de los que tampoco ha sido puesta de manifiesto su relación de conexión o consecuencia con los preceptos impugnados y relevantes en las alegaciones de las partes en el procedimiento ante el Tribunal Constitucional[18]. Y, en fin, la declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia, aún sin relevancia, puede ponerse de manifiesto por las partes que tienen legitimación para presentar alegaciones, y el Tribunal Constitucional puede decidir en tal sentido[19].

Finalmente, con independencia de lo que se ha venido exponiendo, en aquellos supuestos en que el Tribunal Constitucional considere procedente extender su enjuiciamiento, por conexión o consecuencia, a preceptos que no hayan sido impugnados, y entienda también que, para mejor preservar el principio contradictorio, debe permitirse formular alegaciones a ese respecto a las partes personadas en el procedimiento constitucional, el instrumento procesal previsto en el artículo 84 LOTC puede ser adecuado para esa funcionalidad; aunque, hasta ahora, el Tribunal ha utilizado excepcionalmente esta vía y en unas circunstancias ciertamente particulares[20].

3. Principios que justifican el instituto de la inconstitucionalidad y nulidad conexa o consecuencial

La seguridad jurídica, la certeza del derecho y la economía procesal son principios que pueden verse garantizados a través de la declaración de nulidad de un precepto legal mediante el instrumento de la extensión por conexión o consecuencia prevista en el artículo 39.1 LOTC, mientras que esa garantía no puede lograrse, o no puede lograrse

[17] Por todas, STC 365/2006, de 21 de diciembre, FFJJ 3 y 7.

[18] Por todas, STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 8.

[19] Como ocurre en la STC 255/2004, de 22 de diciembre, FFJJ 1 y 7, a instancia del Ministerio Fiscal; en la 196/2012, de 31 de octubre, FFJJ 2 y 5, a instancia del abogado del estado; o en la 109/2021, de 13 de mayo, FFJJ 1 y 5, a instancia de la parte demandante en el procedimiento *a quo*.

[20] Se trata del recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 196/1997, de 13 de noviembre, donde, por la sucesión de normas en el tiempo, el Tribunal Constitucional admite la *transformación* del objeto del recurso de inconstitucionalidad, del que pasa a formar parte la modificación —no impugnada— de la ley inicialmente impugnada, objeto del recurso que pasa a ser, a la postre, el decreto legislativo refundidor que incorpora tanto el texto de la ley impugnado como el no impugnado.

igual, a partir de los efectos propios de las sentencias del Tribunal en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, el de cosa juzgada material, los efectos *erga omnes*, y, más en particular, la vinculación de los poderes públicos a las sentencias (art. 38.1 LOTC).

Respecto de los dos primeros principios, aunque el juicio de inconstitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias se proyecta efectivamente sobre las normas contenidas en los preceptos legales, con lo que podría argumentarse que el enjuiciamiento de inconstitucionalidad contenido en la sentencia es extensible a otros preceptos legales distintos del impugnado que contengan la misma norma o tengan idéntica formulación, hay que tener en cuenta que los efectos de cosa juzgada material y los efectos generales de las sentencias estimatorias —el fallo de inconstitucionalidad y anulatorio—, sólo incide sobre el texto normativo impugnado[21], no sobre otros no impugnados conexos o consecuenciales que contengan una norma análoga[22].

Al mismo tiempo, la declaración de inconstitucionalidad de una ley hace imposible reproducir un litigio sobre la misma, pero no propiamente por el efecto de *res iudicata*, sino por la desaparición del posible objeto de la impugnación; lo cual significa, *sensu contrario*, que la disposición conexa o consecuencial no anulada expresamente en el fallo permanece en el ordenamiento jurídico y puede ser objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional[23].

Por tanto, la justificación de la atribución del Tribunal para extender la inconstitucionalidad a preceptos no impugnados puede cuestionarse solo desde la perspectiva de la vinculación de los poderes públicos a las sentencias, vinculación que se extiende, en los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, tanto al dispositivo de éstas como a sus fundamentos; razón por la cual podría pensarse que este efecto vinculante conllevaría que la reparación de la inconstitucionalidad conexa o consecuencial deba ser realizada por los poderes públicos que son los destinatarios *naturales* de dicha vinculación, el legislador por una parte (a través de la derogación de la norma) y los

---

[21] Merece la pena destacar que, en Francia, en el marco de la *question prioritaire de constitutiotionnalité*, el *Conseil d'État* ha interpretado que no está obligado a plantear tal *question* solicitada por una de las partes en el proceso cuando la previa declaración de inconstitucionalidad adoptada por el *Conseil constitutionnel* sobre un determinado precepto de una ley *debe considerarse de aplicación igualmente a las disposiciones idénticas, en su substancia y en su redacción* a las de otra ley, *correspondiendo al juez que está conociendo de un litigio relativo a la aplicación de esas disposiciones [de la otra ley] constatarlo*, puesto que *las disposiciones en causa han sido previamente derogadas, de manera que una nueva decisión del Consejo constitucional no podría tener este efecto* (*Décision* del *Conseil d'État* de 16 de enero de 2015, *Société Métropole Télévision,* n.º 386031).

[22] «La declaración de nulidad de una norma de rango legal sólo le afecta a ella y no puede extenderse por analogía a otras normas del mismo rango» (STC 96/1998, de 4 de mayo, FJ 4).

[23] Como ha señalado el propio Tribunal, «No cabe... extender esa inconstitucionalidad a preceptos de una ley distinta, que deben ser considerados válidos en cuanto su nulidad no ha sido declarada por este Tribunal, ni de la citada Sentencia cabe inferir que la Ley... no fuese aplicable... o dejase de serlo, pues la declaración de nulidad de una norma de rango legal sólo le afecta a ella y no puede extenderse por analogía a otras normas del mismo rango» (STC 96/1988, de 26 de mayo, FJ 4). A este respecto, Jiménez Campo, J., «Sentencia del Tribunal Constitucional», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 6179.

jueces y tribunales por otra (a través del planteamiento de la cuestión). Y así, los órganos judiciales y el legislador realizarían la función *nomofiláctica* de depuración del ordenamiento jurídico, a partir de la función *nomotética* del Tribunal Constitucional formulando normas y principios legales inconstitucionales. Sin embargo, la actuación de unos y otros (órganos judiciales y legisladores) no puede tener el mismo alcance que la actuación reparadora del Tribunal Constitucional a través de la inconstitucionalidad conexa[24].

En cuanto a los jueces y tribunales, éstos no están legitimados para inaplicar disposiciones legales que contengan la misma norma o se basen en principios declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional respecto de otros preceptos legales[25]. Y tampoco es equiparable a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad conexa o consecuencial prevista en el artículo 39.1 LOTC, que los jueces y tribunales vengan vinculados a cuestionar los preceptos legales inconstitucionales por conexión, *integrando* así las sentencias del Tribunal Constitucional, impidiendo que dichos preceptos se apliquen en un proceso y permitiendo que sean expulsados definitivamente del ordenamiento jurídico a partir de la sentencia posterior del Tribunal. Ello es así porque hay disposiciones legales que difícilmente van a ser objeto de enjuiciamiento a través de la cuestión, como ocurre con los reglamentos parlamentarios o, hasta las últimas reformas y según alguna doctrina, con los Estatutos de Autonomía. Además, la actuación de los tribunales no garantiza la inmediatez en la reparación de la inconstitucionalidad conexa, puesto que el incumplimiento del órgano juzgador de plantear la cuestión (y la consiguiente aplicación de una ley inconstitucional al procedimiento) no supone *per se* la vulneración de un derecho fundamental[26]. Por último, porque la inconstitucionalidad conexa no siempre se desprende con evidencia de la sentencia del Tribunal Consti-

[24] Gómez Montoro, A., «Art. 39», *op. cit.*, p. 605, señala que la depuración del ordenamiento jurídico correspondería al legislador que modifica o deroga las leyes con sombra de inconstitucionalidad, y a los jueces y tribunales que cuestionan las mismas, a partir de su vinculación a la doctrina constitucional. Pero, aún admitiendo la necesidad de una autocontención del Tribunal Constitucional en el ejercicio de la extensión de la inconstitucionalidad, la doctrina italiana no deja de señalar la importancia que tiene esta atribución para la certeza del derecho y para la operatividad de los principios constitucionales (Tarchi, R., y Rossi, E., *op. cit.*, pp. 638 y ss. y 644 y ss.)

[25] Según razona el Tribunal Constitucional en la STC 23/1988, de 18 de marzo, FJ 2, «el valor de la doctrina de este Tribunal... no autoriza a los órganos judiciales para negar con carácter definitivo la presunción de validez de una ley, por más que lo que en ella está dispuesto se corresponda, a juicio de los jueces ordinarios, con el contenido del otro precepto legal sometido en su día a control de constitucionalidad y declarado entonces contrario a la Norma fundamental».

[26] Por todas, STC 159/1997, de 2 de octubre. De este modo, diferir a los órganos judiciales la activación del control sobre los preceptos legales nulos por conexión o consecuencia no garantiza en todo caso que éstos no se apliquen judicialmente, ni que dicha aplicación se repare jurisdiccionalmente. Otro asunto es que el órgano juzgador ha de exteriorizar el razonamiento que le lleve a no plantear la cuestión y su ausencia conlleve la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, STC 3/2016, de 18 de enero, FJ 5), pero eso no supone que ese derecho exija que los preceptos legales de dudosa inconstitucionalidad por conexión o consecuencia deban ser cuestionados en el proceso judicial donde han de ser aplicados.

tucional, con la consiguiente dificultad de su seguimiento mediante la intervención judicial planteando la cuestión.

En cuanto a la reparación por parte del legislador, la doctrina ha afirmado que la vinculación de los poderes públicos a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad impide que el legislador pueda reproducir el precepto inconstitucional en otra ley[27]. Sin embargo, es más difícil deducir que el legislador venga obligado a derogar los preceptos inconstitucionales por conexión; sería necesario que la sentencia del Tribunal Constitucional contuviera una apelación al legislador para que derogue los preceptos inconstitucionales conexos, llamando a su colaboración a través de una suerte de nulidad diferida, pero la discrecionalidad política del legislador impide garantizar con certeza que se producirá la derogación (sin posibilidad de activar, en este supuesto, un control de inconstitucionalidad por omisión legislativa —ley derogadora—)[28].

Por el contrario, la anulación de las disposiciones conexas en la sentencia del Tribunal Constitucional garantiza que su pérdida de vigencia se produzca efectivamente; y consigue que sea un cese inmediato (a través de la anulación), ultraactivo, en el sentido de impedir que se puedan consolidar situaciones jurídicas posteriormente irrevisables (por los limitados efectos *extunc* de una sentencia posterior del Tribunal activada a través de la cuestión o por la demora del legislador en anular los preceptos legales conexos). Se preserva, así, más adecuadamente el principio de seguridad jurídica, y también la certeza del derecho, porque quedan claramente determinadas las disposiciones de la ley impugnada incursas en inconstitucionalidad, sin dejar lugar a demoras o interpretaciones[29]. Además, la inconstitucionalidad conexa cumple también con el principio de economía procesal, en el sentido de que permite enjuiciar y anular una disposición legal sin necesidad de esperar a la apertura o a la continuación de un nuevo proceso constitucional[30].

---

[27] En este sentido, Jiménez Campo, J., «Qué hacer con la ley inconstitucional». En *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, TC-CEC, Madrid, 1997, p. 29. Bocanegra Sierra, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Admnistración Local, Madrid, 1982, p. 236, llegó a proponer la posibilidad de activar un «interdicto constitucional» para hacer frente a esa nueva ley reproductora de un precepto declarado inconstitucional.

[28] Sin que pueda ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 92 LOTC para hacer derivar esa vinculación de un fallo de la sentencia que no se pronuncia sobre la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos conexos.

[29] En alguna ocasión (STC 159/2001, de 5 de julio) el Tribunal Constitucional ha asumido en toda su plenitud la función de depuración del ordenamiento jurídico y de afirmación del Derecho cierto; allí declara inconstitucional y derogado un precepto de una ley preconstitucional que era objeto indirecto de la cuestión, y lo hace en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de un decreto legislativo refundidor que no incorpora ese precepto (porque el gobierno autonómico que dicta el decreto legislativo lo consideró, acertadamente, no vigente —derogado por la Constitución— y no susceptible, por ello, de refundición).

[30] En algunas de las decisiones del Tribunal Constitucional donde se extiende la declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia se explicita más o menos directamente la vinculación de esta institución con los referidos principios (por ejemplo, en las SSTC 69/2024, de 24 de abril, FJ 6; 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 7.º; 195/1998, de 1 de octubre, FJ 4.º; 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 4.º; 27/1985, de 26 de febrero FJ 4.º, y 3/1983, de 25 de enero, FJ 7.º).

4. Requisitos y condiciones que han de concurrir en la extensión de la declaración de inconstitucionalidad ex artículo 39.1 de la LOTC

4.1. La declaración de la nulidad por conexión o consecuencia como un deber del Tribunal Constitucional

La LOTC parece configurar la extensión de la inconstitucionalidad por conexión o consecuencia como un *deber* del Tribunal Constitucional («*... declarará la nulidad de los preceptos... a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*.»)[31]. Pero un deber de ese tipo en relación con este Tribunal, igual que ocurre, por ejemplo, con la unidad *inescindible* inconstitucionalidad-nulidad, sólo puede entenderse como *una norma de tendencia*, como *un canon de comportamiento* que excluye la discrecionalidad del Tribunal para preservar la coherencia interna del ordenamiento. Así, podría decirse que esa obligatoriedad se refiere a aquellos supuestos en que la extensión de la nulidad por conexión o consecuencia sea necesaria e ineludible, porque las disposiciones no impugnadas dejan de tener coherencia, sentido o eficacia sin las declaradas inconstitucionales[32], o porque incurren de manera evidente en la misma tacha de inconstitucionalidad[33]. Al mismo tiempo, cabe entender que ese deber es más intenso, al menos para exigir el pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional al respecto, cuando éste haya adquirido la evidencia de la posible relación de conexión o consecuencia entre preceptos impugnados, por ejemplo, a través de las alegaciones de las partes. Y, además, para excluir el enjuiciamiento de la inconstitucionalidad conexa o consecuencial no podrá utilizar argumentos como la falta de relevancia en el proceso *a quo* de los preceptos legales conexos, en los términos ya explicados.

4.2. La inconstitucionalidad o la nulidad como presupuesto y como resultado de la extensión

Las condiciones para que pueda aplicarse lo dispuesto en el último inciso del artículo 39.1 LOTC han sido matizadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con todas las allí dispuestas. Así, en primer término, bastará la declaración de inconstitucionalidad de alguno de los preceptos impugnados, y no la declaración de

[31] Gómez Montoro, A., «Art. 39», *cit.*, pp. 603 y 604, define esta atribución como un deber. En el proyecto de ley orgánica que culminó con la LO 6/2007 se utilizaba una dicción potestativa para esta atribución del Tribunal («las declaraciones de inconstitucionalidad y de nulidad podrán ser extendidas por razones de conexión o consecuencia...»).

[32] Entre la jurisprudencia más reciente, por ejemplo, las SSTC 117/2022, de 29 de septiembre, FJ 4; 37/2022, de 10 de marzo, FJ 4.e); o 82/2016, de 28 de abril, FJ 7, donde la extensión de la declaración de inconstitucionalidad se justifica, además, en no manipular la voluntad del legislador.

[33] Entre tantas, por ejemplo, las SSTC 70/2022, de 2 de junio, FJ 8; 109/2021, de 13 de mayo, FJ 5; 96/2020, de 21 de junio, FJ 6; o 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 8, entre las más recientes.

inconstitucionalidad y de nulidad como dice la ley, para que pueda operar la inconstitucionalidad conexa o consecuencial[34]. Además, una vez que el Tribunal Constitucional ha admitido la escisión de la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad en sus sentencias, cabe también la activación del enjuiciamiento por conexión cuando se declara la inconstitucionalidad sin nulidad de un precepto legal impugnado[35].

Al mismo tiempo, siendo el presupuesto de la institución que nos ocupa, según la jurisprudencia constitucional, que se declare la inconstitucionalidad de un precepto legal impugnado, y no la nulidad que es exclusiva del fallo, la activación de la inconstitucionalidad conexa ha tenido cabida tanto en las sentencias estimatorias como en las sentencias interpretativas desestimatorias (donde el juicio de inconstitucionalidad no se traslada al fallo exclusivamente por motivos de política constitucional). Y así, en la práctica del Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad conexa se ha actuado en todo tipo de sentencias; lógicamente, en las de inconstitucionalidad con nulidad, pero también en las de inconstitucionalidad sin nulidad o similares[36], en las de inconstitucionalidad con nulidad diferida[37]; o en las desestimatorias con declaraciones interpretativas[38].

En cuanto al resultado de la extensión, la LOTC establece que lo que se propaga por conexión o consecuencia a los preceptos legales no impugnados es la nulidad, mientras que la mencionada STC 11/1981, FJ 27, lo fija en la inconstitucionalidad[39]. En la práctica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han tenido cabida diferentes situaciones, siendo lo habitual que se cumpla la regla del *simul stabunt simul cadent*, de modo que la declaración que recae en el juicio principal sobre los preceptos impugnados se proyecta de igual modo, por conexión o consecuencia, sobre los no impugnados[40].

---

[34] STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 27.

[35] Por ejemplo, en la STC 27/1985, de 26 de febrero.

[36] En la anteriormente citada STC 27/1985; también en la 77/1985, de 27 de junio, en este caso por razones ineludibles de pura lógica, al dictarse en un procedimiento de control previo de un texto definitivo de una ley orgánica. Y en las SSTC 196/1997, de 13 de noviembre, y 197/1996, de 28 de noviembre, en estos casos porque el fallo debió circunscribirse a declarar contrarios al orden de competencias determinados preceptos legales, que no podían ser declarados inconstitucionales y nulos porque solo infringían ese orden competencial en relación con determinadas comunidades autónomas.

[37] STC 195/1998, de 1 de octubre.

[38] SSTC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 8; 159/2001, de 5 de julio; o 81/2003, de 30 de abril, FJ 7.

[39] En el recurso previo de inconstitucionalidad de los proyectos de estatutos de autonomía o de las propuestas de reforma de los mismos, incorporado a la LOTC por la LO 12/2015, se prevé expresamente la posibilidad de que se extienda la inconstitucionalidad, por conexión o consecuencia, a aquellos preceptos afectados por la declaración que recaiga sobre preceptos impugnados y que, lógicamente, solo puede ser de inconstitucionalidad, no de nulidad (art. 79.8). Esta previsión no se contemplaba en la regulación original del recurso previo de la LO 2/1979, aunque la inconstitucionalidad por conexión o consecuencia se admitió en el mismo por vía jurisprudencial, como se ha dicho (STC 77/1985).

[40] Con particularidades en la STC 27/1987, porque la interpretación conforme de los preceptos impugnados se contiene en el fallo y para el no impugnado en los fundamentos de la sentencia; y también en la 159/2001, porque el fallo que declara la inconstitucionalidad y nulidad de un precepto legal impugnado deriva, por conexión o consecuencia, en la declaración de la inconstitucionalidad y derogación del precepto no impugnado, al tratarse de una disposición preconstitucional.

Finalmente, la literalidad de lo dispuesto en el artículo 164.2 de la Constitución y en el artículo 39.1 LOTC permitiría que el Tribunal declarase la nulidad (*cese de la vigencia*) por conexión o consecuencia de un precepto legal no impugnado sin que mediara, al mismo tiempo, una declaración de inconstitucionalidad del mismo. Esta posibilidad no tiene por qué considerarse como una regulación defectuosa del constituyente o del legislador, ya que dicha *nulidad* (pérdida de vigencia) sin inconstitucionalidad estaría justificada cuando los preceptos conexos queden como *lex imperfecta* una vez declarados inconstitucionales algunos de los preceptos impugnados. En este caso, la anulación se justificaría en la carencia de sentido y en la posible manipulación de la voluntad del legislador si se mantuviera la vigencia de los preceptos conexos, aislados del conjunto normativo en el que se integraban[41].

4.3. La extensión de la inconstitucionalidad a preceptos de la misma ley

La LOTC prevé que la extensión de la inconstitucionalidad por conexión o consecuencia sólo se pueda producir en el seno del mismo texto normativo impugnado. El punto de partida de esta previsión es que cada ley singularmente considerada constituye un subsistema normativo en el que sus disposiciones se encuentran vinculadas sistemáticamente mediante una conexión de sentido; esa conexión es la que explicaría que la inconstitucionalidad y la nulidad de preceptos de la ley no impugnados pueda derivarse de la que se acredite por el Tribunal Constitucional para otros de sus preceptos impugnados, bien porque se sustentan en los mismos principios que están en la base del texto legal, bien porque las normas contenidas en la ley se concretan no a partir de un precepto aislado de ésta, sino como consecuencia de la combinación entre diversas de sus disposiciones. Ocurre, sin embargo, que en ocasiones los subsistemas normativos no son únicamente intralegales, en ocasiones son también interlegales; por ello, la regulación de la extensión de la inconstitucionalidad prevista en nuestro ordenamiento es insuficiente para cubrir todas las situaciones en que estaría justificada la activación de la propagación conexa o consecuencial de la inconstitucionalidad[42].

Una demostración evidente de esta afirmación la encontramos en el hecho de que el texto normativo en cuyo seno tiene cabida la aplicación del artículo 39.1 LOTC

[41] Que son los términos utilizados en la STC 195/1998, de 1 de octubre, FJ 4. En sentido similar, así ocurre en la STC 208/2014, de 15 de diciembre, FJ 14, cuando se anula, por conexión o consecuencia, la disposición final que regulaba la entrada en vigor de los preceptos legales declarados nulos al quedar despojada esa disposición de toda finalidad práctica, situación que no puede identificarse, parece, con su inconstitucionalidad, y que ha de derivar más bien en su pérdida de eficacia que en su nulidad. Defiende este entendimiento del precepto constitucional Ruiz Lapeña, R., «EL Tribunal Constitucional». En Ramírez, M. (ed.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico. Zaragoza, 1979, p. 400.

[42] Considera muy estricta esta regla de la extensión en el mismo texto legal Jiménez Campo, J., «Qué hacer...», *cit.*, p. 26; es favorable a la misma Gómez Montoro, A., «Art. 39», *cit.*, p. 605.

puede ser diferente en el recurso y en la cuestión, porque en el primero el texto legal viene definido por la ley aprobada como un *corpus* único por el órgano competente, publicado como tal unidad en el boletín oficial correspondiente, y susceptible de ser objeto de impugnación (total o parcial) en un plazo determinado de tiempo a partir de su publicación, mientras que en la segunda el precepto impugnado relevante se integrará en un texto legal que puede haber sido aprobado de una sola vez, pero que puede ser el resultado de una pluralidad de textos legales diferentes que han ido aprobando y modificando las distintas disposiciones del vehículo formal originario. Y puede ocurrir, por ello, que un precepto de una ley de contenido heterogéneo que modifica diversos textos legales guarde una relación de conexión o consecuencia con preceptos de otra ley anterior, y no con los de aquélla en la que es aprobado, y, sin embargo, ni en el recurso de inconstitucionalidad se podrían impugnar los preceptos de la ley anterior, ni tampoco el Tribunal Constitucional podría extender su enjuiciamiento a aquéllos.

La necesidad de extender el enjuiciamiento y, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad a preceptos de un texto legal diferente del impugnado se ha puesto de manifiesto en diversas decisiones del Tribunal Constitucional. No obstante, la extensión de la declaración de inconstitucionalidad a otras leyes sólo se ha producido en un ámbito muy concreto y en unas circunstancias determinadas, los decretos legislativos refundidores —no impugnados— y las correspondientes leyes refundidas —impugnadas—, por la posible pérdida sobrevenida del objeto de la impugnación por la derogación de las leyes impugnadas por el decreto legislativo refundidor[43]. Y el Tribunal Constitucional ha admitido esta actuación no amparable en el artículo 39.1 LOTC porque el Decreto Legislativo carece de capacidad innovadora propia, ya que se limita a sustituir a la norma refundida ocupando su lugar en el ordenamiento jurídico; por lo que esta justificación de la inconstitucionalidad conexa o consecuencial no puede dar sustento a otras confluencias de textos legales que contengan las mismas disposiciones (por ejemplo, el decreto-ley y la ley de conversión)[44].

En este sentido, tiene especial relevancia, sin duda, la extensión del enjuiciamiento del Tribunal Constitucional a las disposiciones legales (o infraconstitucionales) que sirven de parámetro de la constitucionalidad de la norma legal impugnada; aunque en ningún supuesto el Tribunal Constitucional ha admitido trasladar al fallo su enjuiciamiento sobre una «norma interpuesta» (que no es, lógicamente, objeto de la impugnación), sí que se ha visto compelido y ha admitido enjuiciar en los fundamentos la constitucionalidad de estas disposiciones legislativas, siempre que así se ha hecho necesario para decidir sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas. Así, el Tribunal Constitucional ha enjuiciado preceptos legales de una ley

[43] SSTC 196/1997, de 13 de noviembre;194/2000, de 19 de julio; y 159/2001, de 5 de julio.

[44] Al ser dos textos legales distintos a los efectos de su impugnación y enjuiciamiento, por todas STC 155/2005, de 8 de julio.

diferente a la recurrida que sirven como punto de referencia, o que sirven de contraste de las disposiciones legales impugnadas; y, en cuanto a la normativa básica estatal, ha admitido un control indirecto y limitado de inconstitucionalidad sobre ésta, llegando a certificar la inconstitucionalidad de la norma básica interpuesta pero sin trasladarla al fallo, sólo afirmando la imposibilidad de aducirla y utilizarla como canon de la constitucionalidad de la norma impugnada[45].

En cualquier caso, para que el Tribunal Constitucional pudiera ampliar su fallo de inconstitucionalidad a las «normas parámetro» habría que modificar la LOTC en un doble sentido; primero, previendo la extensión a otros textos legales distinto del impugnado; y segundo, regulando una condición distinta de la extensión de la inconstitucionalidad a la actualmente recogida en el artículo 39.1 LOTC, ya que en este caso la inconstitucionalidad de la ley parámetro no se deriva por conexión o consecuencia de la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, sino que el primer juicio recae propiamente sobre la norma interpuesta, cuya constitucionalidad o inconstitucionalidad determina la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la impugnada.

4.4. La relación de conexión o consecuencia como condición necesaria para la extensión

Como se ha apuntado con anterioridad, la STC 11/1981, FJ 27, vino a aclarar lo dispuesto en el último inciso del artículo 39.1 LOTC sobre la institución de la que nos ocupamos en este trabajo, y concretó que la «relación de conexión o consecuencia» se traba entre los preceptos declarados inconstitucionales y aquéllos otros a los que la inconstitucionalidad se extiende o se propaga. Precisamente, la precisión o indeterminación de estos conceptos (*conexión*, *consecuencia*), así como los distintos modos en que pueden darse esos dos tipos de relaciones entre los preceptos de una misma ley, son esenciales para delimitar el alcance de esta atribución del Tribunal Constitucional y de las extensiones de inconstitucionalidad que tiene cabida a su amparo, porque, a la postre, son las que justifican y avalan su actuación de oficio al margen de la voluntad impugnatoria del recurrente, o de la relevancia del precepto legal en la cuestión.

De inicio, hemos de considerar que la conexión y la consecuencia son dos condiciones alternativas que avalan la propagación de la inconstitucionalidad, aunque en la jurisprudencia constitucional sólo excepcionalmente se ha llegado a otorgar identidad propia a la «consecuencia». En cuanto a la relación de conexión, permite una pluralidad

[45] Se trata, respectivamente, de las SSTC 151/1992, de 19 de octubre, FJ 1; 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9, y 99/2022, de 13 de julio, FJ 2.B), y 48/1988, de 22 de marzo, FJ 4.

de concreciones como justificación de la extensión de la inconstitucionalidad, como puede ser que se trate de preceptos que se fundamentan en el mismo principio legal inconstitucional; que regulen la misma institución o integren conjuntamente un sistema normativo; que compartan el mismo vicio de inconstitucionalidad; o que la inconstitucionalidad del precepto impugnado se derive de su relación con los no impugnados[46].

A su vez, la consecuencia puede ser entendida como un tipo específico de conexión entre preceptos legales, por ejemplo, la que se da entre disposiciones de la ley y aquéllas otras que les son instrumentales, como las disposiciones finales, transitorias o adicionales, o los anexos de las leyes[47]; o que son presupuesto de otras disposiciones, como las que tipifican sanciones o las disposiciones principales a las que se remiten otros preceptos de la ley[48]. Además, la consecuencia tendría alguna virtualidad propia, al margen de la conexión, si se entiende como la relación causa-efecto que se despliega a partir de la declaración de inconstitucionalidad del precepto principal, y que culmina consecuencialmente en la extensión de la declaración de inconstitucionalidad al precepto no impugnado; en estos supuestos, la conexión entre preceptos sólo existiría para propagarse del principal al subordinado, pero no al contrario[49].

Por último, limitar la conexión entre preceptos legales y la extensión de la inconstitucionalidad consecuencial únicamente a que los preceptos comparten la misma tacha de inconstitucionalidad, sin ningún otro tipo de relación entre ellos, puede ser problemático en el caso de normas legales conexas que no integran un mismo subsistema normativo. Esta posibilidad es menos factible, en principio, en nuestro ordenamiento jurídico, donde la extensión por ese motivo se puede producir sólo en el seno de una misma ley, en la que se presupone que todos sus preceptos constituyen un mismo subsistema. Sin embargo, esta conclusión ya no es tan evidente si tenemos en cuenta el uso que hace cada vez con más frecuencia el legislador español de las leyes heterogéneas, incluidos los decretos-leyes gubernativos. Ante este tipo de disposiciones legales, la atribución del Tribunal Constitucional de la que nos venimos ocupando le permitiría un margen de actuación indudablemente amplio, más allá sin duda del alcance que se pensó inicialmente, desde el momento en que el precepto impugnado de una ley hete-

[46] Entre otras, respectivamente, SSTC 70/2022, de 2 de junio; 117/2022, de 29 de septiembre; 109/2021, de 13 de mayo; 37/2022, de 10 de marzo.

[47] SSTC 208/2014, de 15 de diciembre; 47/2004, de 25 de marzo; 166/2002, de 18 de septiembre, y 77/1985, de 27 de junio.

[48] SSTC 110/1998, de 21 de mayo; 166/2000, de 15 de junio; 3/1983, de 25 de enero; 214/1989, de 21 de diciembre, y 193/1998, de 1 de octubre. No obstante, en estas decisiones el Tribunal Constitucional extiende la inconstitucionalidad aludiendo a la conexión y no a la consecuencia, salvo en la 193/1998, donde utiliza la expresión «por consecuencia».

[49] En la STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 1, el Tribunal utiliza una argumentación que avala una utilización restrictiva de la *consecuencia* como condición para extender la inconstitucionalidad, sin embargo, no lo ha hecho en otros supuestos.

rogénea puede infringir un principio constitucional de general aplicación que permita al tribunal extender su enjuiciamiento a preceptos no impugnados incursos en esa misma tacha de inconstitucionalidad y que no guardan entre sí, en sentido propio, una relación conexa o consecuencial, más allá de la de infringir el mismo principio constitucional.

5. Conclusión

La atribución del Tribunal Constitucional para actuar, de oficio, declarando inconstitucionales y anulando preceptos legales que no han sido impugnados ante su jurisdicción, siendo necesaria, ha de ser correctamente encauzada para garantizar que las decisiones adoptadas en su ejercicio por un tribunal que se sitúa como *superiorem non recognoscentes* en el ámbito de las garantías constitucionales encuentren lógica justificación en su función de depuración del ordenamiento jurídico con pleno respeto a la posición institucional de los órganos del poder legislativo y del poder judicial.

Para que esto sea así, parece necesaria una doble precaución. La primera, que la ley fije con mayor claridad los supuestos y las condiciones en que el Tribunal Constitucional puede enjuiciar disposiciones legales no recurridas o cuestionadas. La segunda, más factible a día de hoy, que el Tribunal procure mantener absoluta coherencia en el ejercicio de esa atribución, justificando las razones jurídicas que le conducen en cada caso a su utilización, y las que le llevan a excluirla cuando así se lo demandan las partes en el proceso; y razonando en términos homogéneos acerca de la subsistencia de la causa de conexión o de consecuencia que le permite extender su enjuiciamiento a preceptos legales no impugnados, y acerca del efecto que necesariamente ha de derivarse de esa relación causal.

CAPÍTULO 17

LA PÉRDIDA SOBREVENIDA DE OBJETO DE LOS RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR RAZONES NO COMPETENCIALES: SU AZAROSA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Ana Ruiz Legazpi
(Universidad Autónoma de Madrid)
Abogada y Profesora Derecho Constitucional

1. La carencia sobrevenida de objeto en la jurisdicción constitucional: algunos aspectos generales

Con frecuencia, estando aún pendiente de resolverse un recurso de inconstitucionalidad, se modifica o se deroga la norma legal originalmente impugnada. A veces, incluso, lo que sucede es que la norma impugnada es anulada por el propio Tribunal Constitucional, con ocasión de otro recurso.

A diferencia de lo que sucede en los procesos de la jurisdicción ordinaria, en los que la eventual carencia sobrevenida del objeto está regulada (*vid*. art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la jurisdicción constitucional carece de previsión específica.

Desde luego, el carácter supletorio de aquella Ley del proceso civil, establecida en artículo 80 LOTC, no alcanza a esta cuestión[1], por lo que la solución que se dé al problema en la jurisdicción constitucional debe acompasarse a su especial idiosincrasia.

Así, por ejemplo, con el paso del tiempo se ha trabado cierto consenso constitucional, no tan evidente en los primeros años de su andadura[2], según el cual, la solución

[1] Según el artículo 80 LOTC, solamente resultan de aplicación, con carácter supletorio, los preceptos de la LOPJ y de la LEC en «(...) materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados», sin mencionar expresamente, ni poderse incluir implícitamente, el caso de la carencia sobrevenida del objeto como consecuencia de las modificaciones legislativas acaecidas mientras se sustancia el proceso de enjuiciamiento constitucional que aquí nos ocupa.

[2] Los Magistrados Rubio Llorente, F. y Díez Picazo, por ejemplo, formularon un crítico Voto Particular a la STC 14/1981, de 29 de abril, en la que el Alto Tribunal hubo de decidir si entraba a resolver sobre una norma —preconstitucional—, que había sido derogada por acción del legislador ya democrático, en el que abogaban porque la derogación de la norma debía excluir cualquier atisbo de pronunciamiento del Tribunal Constitucional. La razón era clara: «mal puede el Tribunal depurar el ordenamiento y expulsar de él aquello que ya no se encuentra en el propio ordenamiento», con más razón cuando ha sido por el propio deseo del legislador democrático.

debe ser diferente, porque también lo son los contornos de la jurisdicción constitucional, en función de si nos encontramos ante cuestiones o estamos ante recursos de inconstitucionalidad.

En el caso de las cuestiones de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC), y también de las autocuestiones de inconstitucionalidad (art. 55 LOTC), se ha impuesto la regla general de que el objeto no decae, y de que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse, a la vista del carácter y alcance más concreto de la jurisdicción constitucional en estos casos, en los que la ley de cuya constitucionalidad se duda es determinante, por definición, para resolver el caso concreto [desde la SSTC 14/1981 hasta las STC 124/2003, por todas].

Por el contrario, en el caso de los recursos de inconstitucionalidad, al predicarse un carácter más abstracto[3], y una función de depuración objetiva o nomofiláctica del ordenamiento jurídico del papel de la Jurisdicción constitucional, la regla general que parece imponerse es que la pérdida de eficacia o de vigencia de la ley objeto de recurso de inconstitucionalidad hace decaer el objeto del propio recurso excluyendo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Tiene toda la lógica porque «tratándose en el caso de un recurso abstracto, como el de inconstitucionalidad, dirigido a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico, carece de sentido pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado (...)» (STC 160/1987, 27 de octubre, FJ 6). En efecto, el recurso de inconstitucionalidad regulado en el artículo 161 CE y en los artículos 31 y ss. LOTC no parece compatible con que las «Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley» sobre los que versen sean, en términos jurídicos, inexistentes.

Sin embargo, la regla de la pérdida de objeto admite muchos matices[4]. Fuera de los casos en los que la expulsión del ordenamiento jurídico es fruto de una declaración de inconstitucionalidad y nulidad, la regla de la pérdida de objeto, se modula. Cuando las vicisitudes de la ley objeto del recurso son obra de la acción posterior del legislador democrático, bien porque la modifica, bien porque la deroga o incluso, como veremos, porque la refunde, las excepciones se multiplican.

---

[3] Sobre el carácter necesariamente abstracto de la jurisdicción constitucional toda, tanto la promovida vía recurso como la promovida vía cuestión, Jiménez Campo, J., «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley en el Derecho español», *La Jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 71 y ss., y sobre la debida y automática consecuencia de la pérdida de objeto (e incluso allanamiento o desistimiento si se hablara de conflictos competenciales) derivada de tal carácter abstracto, López Guerra, L, *Ibidem*, p. 222. Asimismo, Pizzorusso, A., «La justicia constitucional italiana entre modelo difuso y modelo concreto», *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 4, 2006, pp. 237 y ss.

[4] *Vid*. STC 16/1996, 1 STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 3, y las allí citadas. Conforme a nuestra doctrina, SSTC 13/20211, 18 de enero (FJ 5); STC 24/2017, 16 de febrero (FJ 2), y STC 140/2916 (FJ 2): el efecto de la pérdida de objeto se anuda a la previa expulsión de la norma cuestionada como consecuencia de la declaración de nulidad, dado que la mera declaración de inconstitucionalidad no comporta por sí misma este efecto destierro el ordenamiento jurídico.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia parten de la consideración de que, para poderse aplicarse la pérdida de objeto del recurso, hay que asegurarse primero de que la ley derogada o modificada fue radical y completamente expulsada del ordenamiento jurídico, es decir, que se ha producido la «exclusión de toda la aplicabilidad de la ley» y que la ley no genere ningún tipo de efecto («ultraactividad») a pesar de su derogación o modificación [desde la STC 160/1987, 27 de octubre, FJ6 a la STC 29/2022, 24 de febrero, FJ 2b)].

En otras palabras, hay que descartar cualquier «vestigio de vigencia» de la norma modificada o derogada antes de certificar la defunción del objeto del recurso (desde las SSTC 160/1987, FJ 6; 150/1990, FJ 8, y 385/1993, FJ 2 hasta la STC 99/2018, FJ2)[5].

La supervivencia del objeto del proceso constitucional «no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC)» (STC 29/2022, 24 de febrero FJ 2 ó STC 67/2005), por lo que la apreciación de esa ultraactividad o vestigio, exige algo más.

Ese «algo más» que debe constatarse, resulta incompatible con postulaciones apriorísticas, porque requiere valoración caso a caso, «un examen concreto de la incidencia real de la circunstancia sobrevenida» (STC 160/2013, FJ 3), de manera que, conforme a la doctrina constitucional, «la eventual apreciación de la pérdida de objeto del proceso dependerá de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma y no puede resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos (...)» (STC 65/2013, de 14 de marzo, FJ 2 y 112/2014, de 7 de julio, FJ 2).

La averiguación resulta en muchas ocasiones ardua, y en no pocos casos requiere de un análisis detallado que se sitúa en el mero plano de la legislación ordinaria, de modo que la casuística ha contribuido a diluir en exceso el análisis de la cuestión, dificultando un tratamiento sistemático y de conjunto de la misma.

[5] Compartimos la crítica vertida por Ahumada Ruiz, M.ª A., «Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 178 y ss., en cuanto a que el efecto o ultraactividad no es el de una ley que ha perdido vigencia, sino el derivado de aplicar una ley, hoy derogada, a unos hechos pasados, conforme al principio *tempus regit actum*.

2. La pérdida de objeto de los recursos de inconstitucionalidad: una aproximación cuantitativa

2.1. Estudios previos y jurisprudencia específica: la preferencia por las controversias competenciales

Cualquier análisis de situación jurisprudencial exige la ponderación de múltiples factores, como el que tiene que ver con el contenido del propio recurso o, en puridad, de los motivos de impugnación de dicho recurso, y en concreto, con si tales motivos tienen un contenido competencial o no (arts. 148 y 149 CE).

La doctrina y jurisprudencia ya han concluido que, en los supuestos de controversia competencial, el análisis se agota en determinar si la controversia que está en el origen del recurso se ha pacificado gracias a la acción del legislador o si, por el contrario, pervive, estableciéndose pautas para saber hasta qué punto puede darse por resuelta la cuestión. Quizá por ello haya sido el campo más pormenorizadamente estudiado doctrinalmente[6], y el mejor sistematizado jurisprudencialmente[7], análisis de los que carece la pérdida de objeto de los recursos de inconstitucionalidad sobre controversias no competenciales[8].

[6] *Vid*. el espléndido trabajo de Desdentado Daroca, E., y Losada González, H., «El problema de la pérdida de objeto en los recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, pp. 317-352.

[7] La STC 82/2016, de 28 de abril, sintetizó la doctrina del Tribunal acerca de la pérdida de objeto de los recursos de inconstitucionalidad con contenido competencial. En su FJ 2, sintetiza toda su doctrina: «a) en primer lugar, no pierden objeto cuando la norma impugnada es derogada y sustituida por otra que plantea esencialmente los mismos problemas competenciales, para lo cual resulta necesario realizar un contraste entre la Ley impugnada y la Ley vigente (así, SSTC 168/1993, de 27 de mayo; FJ 7; 61/1997, de 20 de marzo; FJ 3; 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2; 147/1998, de 2 de julio, FJ 5; 233/1999, de 12 de diciembre, FJ 3; 148/2000, de 1 de junio, FJ 3; 72/2003, de 10 de abril, FJ 2, y 18/2011, de 3 de marzo, FJ 3, por todas); b) lo mismo se ha afirmado cuando la norma impugnada no ha sido derogada, sino simplemente modificada, siempre y cuando el resultado de esa modificación permita concluir que el nuevo texto legal continúa suscitando, en esencia, los mismos problemas competenciales (así, SSTC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y 133/2012, de 19 de junio, FJ 2), pues en caso contrario habrá de concluirse que el recurso de inconstitucionalidad ha perdido su objeto [por todas, STC 143/2012, de 5 de julio, FJ 2.c)] de acuerdo con ese mismo criterio objetivo, si la norma impugnada es lisa y llanamente derogada sin que otra venga a sustituirla, o si la que la sustituye ya no plantea el mismo problema competencial, o si estamos ante una modificación en la que el nuevo texto legal resultante altera la controversia competencial planteada, la conclusión habrá de ser la aplicación de la regla general, según la cual el recurso de inconstitucionalidad se extingue en caso de derogación o modificación normativa, por desaparición sobrevenida del objeto del proceso constitucional».

[8] Ni siquiera los estudios monográficos sobre el recurso de inconstitucionalidad en los que sí se presta atención a la satisfacción extraprocesal de la pretensión, la pérdida de vigencia de la ley y los problemas de intertemporalidad, se atiende mínimamente al problema que nos ocupa, llegándose a insinuar que este tipo de situaciones cuentan como respuesta unitaria con la declaración de la pérdida sobrevenida del objeto: Balaguer Callejón, M.ª L., *El recurso de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 2010, pp. 13 o 37.

2.2. Las razones no competenciales y la pérdida de objeto: estado de situación

Cuando la controversia se suscita por motivos diferentes de los competenciales, se impone una cierta tarea artesanal de aproximación al fenómeno, pues las estadísticas oficiales no glosan información indexada de utilidad[9].

Si se toma como referencia la última década de actividad jurisprudencial, (enero 2014 / enero 2024), la base de datos del Tribunal Constitucional nos muestra un total de 73 resoluciones (69 sentencias y 4 autos) en las que alguno de sus fundamentos jurídicos ha razonado sobre la «pérdida sobrevenida de su objeto» del recurso[10]. Contextualizado, este dato revela que, la cuestión de la perdida sobrevenida de objeto, se ha suscitado en aproximadamente un 16 % del total de recursos resueltos en el periodo de referencia[11].

Este peso es coherente y parece mostrarse estable en el tiempo, con cierta tendencia a la baja, cuando se compara con el de otros periodos equivalentes, como son las décadas presentes de enero 2004 — enero 2014 y de enero 1994 — enero 2004, en los que las cifras que se barajan son las del 20 % y 27 %[12].

Si se desciende al detalle en análisis de contenido del total de 16 % de las resoluciones en la década que tomamos como referencia, se ve que la cuestión de la pérdida de objeto en recursos de inconstitucionalidad que aquí se estudia es ciertamente marginal residual si se la compara con la que suscitaron asuntos con sustrato de controversia competencial.

Tan sólo 26 de 73 resoluciones[13] versan sobre pérdidas de objeto en recursos por

---

[9] *Vid*. Tribunal Constitucional. Memoria Anual 2022 (última disponible), aunque sí contiene algunas referencias desperdigadas en el cuerpo del texto (por ejemplo: pp. 61 o 158).

[10] Base de datos jurisprudencial: https://hj.tribunalconstitucional.es/. Criterio de búsqueda: Búsqueda por proceso. Tipo de proceso. Recurso de Inconstitucionalidad; Opción de búsqueda. Fundamentos. «Pérdida de objeto». Fecha de la búsqueda: 26/03/2024.

[11] Para ese periodo de búsqueda, Base de datos jurisprudencial: https://hj.tribunalconstitucional.es/. Criterio de búsqueda: Búsqueda por proceso. Tipo de proceso. Recurso de Inconstitucionalidad. Total 428 sentencias.

[12] Hablamos de 52 y 14 resoluciones, respectivamente, para cada uno de los periodos referidos Son 7 sentencias y 5 autos en la década más cercana 2004-2014; 13 sentencias y un solo auto, en la década más alejada, 1994-2004. *Ibidem*. Mismos criterios de búsqueda referido a distintos periodos temporales *Vid*. nota 12.

[13] Nótese que nada impediría, en teoría, que la pérdida de objeto se acuerde por auto motivado (art. 86 LOTC), se constata la clara preferencia del Tribunal Constitucional por resolver la cuestión mediante sentencia. *Vid*. Balaguer Callejón, M.ª L., *op. cit*., p. 138. La querencia por la sentencia, con todo, está plenamente justificada porque, en la mayoría de los casos, en realidad, la sentencia es ineludible, dado que la decisión de la pérdida de objeto suele requerir deslinde, cirugía de precisión, a lo largo de cada vez extensos fundamentos jurídicos, en los que se perfila qué parte del objeto (concretos preceptos o apartados de preceptos) se pierde y cuál prosigue, algo vedado al auto. Los autos terminan, así reservados, para casos muy excepcionales de declaración de pérdida de objeto que se superponen con una suerte de desistimiento convenido (Auto 84/2018, 6 septiembre, o Auto 71/2019, 2 de julio), constado vía trámite de alegaciones, cuando hay trasfondo competencial; de declaración de pérdida de objeto de una medida cautelar (Auto 63/2015, 17 de marzo) o, más apropiadamente, de declaración de pérdida de objeto de un recurso de inconstitucionalidad contra un Decreto-ley en un supuesto impugnatorio muy singular (Auto 200/2014, 22 de julio).

otros motivos distintos de competenciales, apenas el 36 % del total, que hay que tamizar por el riesgo de que haya cierto «efecto estadístico»[14].

En todo caso, hablamos de que las resoluciones en las que el Tribunal Constitucional se ocupa de la eventual pérdida de objeto de un recurso de inconstitucionalidad trabado por razones no competenciales no alcanza al 5 %, pero lo modesto de la cuantificación no puede hacernos perder de vista su relevancia cualitativa.

3. La pérdida de objeto sobrevenida de recursos de inconstitucionalidad por motivos no competenciales: una aproximación cualitativa

Ya sabemos que la cuestión de la pérdida de objeto de un recurso de inconstitucionalidad, trabado por motivos distintos de los competenciales, sólo se produce cuando la sobrevenida acción del legislador excluye cualquier tipo de efecto de la ley recurrida, cualquier «vestigio de vigencia» o de «ultraactividad».

Enseguida vamos a examinar, además, cómo esta reminiscencia de los efectos legales, a la que Tribunal Constitucional ancla el mantenimiento del recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, su supervivencia, entronca siempre con la presencia de una suerte de interés constitucional objetivo, una suerte de especial relevancia constitucional, un trascender el caso concreto para proyectarse sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, como precursor de la necesidad de intervención del Juez Constitucional.

Es el propio Tribunal Constitucional quien ha llegado a hablar expresamente de un orden constitucional a preservar con su pronunciamiento sobre una ley, pese a haber sido desterrada del ordenamiento jurídico por la acción del propio legislador. Así, ha recabado el «interés constitucional por velar por el ejercicio de la potestad legislativa» y el interés por preservar «la pureza misma del ordenamiento jurídico [que es] la que se ventila en esta sede jurisdiccional» [STC 136/2011, 13 de septiembre, FJ 2.b)]

Se tiende, en definitiva, a evitar que el silencio del Juez Constitucional contribuya a perpetuar efectos que se consideran, en cierto modo, nocivos, para el orden constitucional, para imponer, en cambio, el imperio constitucional (art. 27 LOTC)[15].

[14] Varias resoluciones se ocupan de una misma cuestión, la de la pérdida de objeto de una serie de disposiciones legales en materia educativa, que el Tribunal Constitucional resuelve de manera material (aunque no formalmente) acumulada por referencia en todos los casos a una misma sentencia: SSTC 68/2918; 67/2018; 53/2018; 49/2018, y 14/2018. O el caso de, al menos, otras 2 de esas 26 resoluciones que se ocupan igualmente de la misma constitución en torno a la pérdida de objeto de una serie de recursos de inconstitucionalidad sobre tasas judiciales a personas jurídicas, siendo esta última el leading case a las que las demás, simplemente, se remiten. STC 240/2016 y 202/2016.

[15] Desdentado Daroca, E., y Losada González, H., *op. cit.,* p. 324.

3.1. La relevancia constitucional del sistema de fuentes (I): el caso de la Ley Orgánica y del Decreto-Ley. Breve referencia al caso de los Decretos-legislativos

Uno de los ámbitos en los que la jurisprudencia constitucional se ha arrogado la necesidad de velar por la pureza del sistema erigiendo una excepción a la regla general de la pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad es el caso de las Leyes orgánicas.

Entre otras muchas, la STC 124/2003, de 19 de junio (FJ 10) ó la STC 160/2013, de 26 de septiembre (FJ 2), pero también la STC 40/2016, 3 de marzo (FJ 2), nos confirman que cuando la cuestión a dilucidar es la del alcance de la reserva tanto material como formal de ley orgánica consagrada en el artículo 81.1 CE, no hay pérdida de objeto posible.

El Alto Tribunal ha entendido, pues, que cuando la duda de constitucionalidad lo es sobre la naturaleza orgánica o no de la ley recurrida, a la controversia constitucional pervive, porque que el legislador no puede por sí y ante sí mismo resolverla, justificándose, en definitiva, la especial trascendencia o interés en obtener pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

El paralelismo con el criterio de la «pervivencia o no de la controversia» sentada con ocasión de los efectos procesales de las modificaciones legislativas en recursos de inconstitucionalidad por motivos competenciales es evidente, y así lo ha reconocido la propia STC 124/2003[16].

Algo parecido sucede en el caso de que el recurso de inconstitucionalidad tenga por objeto normas de rango legal pero de vigencia temporal definida, como lo es destacadamente el Decreto-ley.

Cuando el motivo de la controversia constitucional sea, justamente, el de la existencia o no del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86.1 CE, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el objeto no decae y que pervive la necesidad y adecuación de su pronunciamiento.

La razón esgrimida en estos casos tiene que ver con la garantía de que no hay espacios de acción del legislador, ni siquiera con vocación limitada en el tiempo, exentos de control jurisdiccional, afirmando que el control de la existencia o no del presupuesto habilitante para dictar el Decreto-ley es imprescindible, aunque la norma haya sido modificada o haya perdido vigencia, porque de lo contrario, se estaría fraguando un ámbito de inmunidad no consentido por Constitución [desde la STC 111/1983, 2 de

[16] (FJ 10): «De este modo la cuestión debatida -repetimos, la naturaleza orgánica de unos concretos preceptos- tendría un tratamiento similar al de aquellos supuestos en los que a través de un recurso de inconstitucionalidad lo que se traba en realidad es una controversia sobre el ámbito de las competencias respectivas del Estado y de las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí (...)».

diciembre (FJ 2) a la STC 3/2003, 16 de enero (FJ 2) a la más reciente STC 47/2015]. También la STC 20/2024, de 31 de enero [FJ 2.b), con cita de múltiples anteriores]:

> «(...) como tantas veces se ha reiterado que la derogación de normas aprobadas mediante decreto-ley que tiene lugar durante la pendencia del recurso de inconstitucionalidad «no excluye el control de este tribunal sobre si al dictarlas se desbordaron los límites constitucionales del artículo 86.1 CE, tanto en relación con la concurrencia del presupuesto habilitante, como respecto a la superación de las restricciones materiales a su contenido» y ello «es función esencial de esta jurisdicción garantizar «el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa preconizado por la Norma fundamental, depurando y expulsando del ordenamiento las normas impugnadas que se aparten de dicho sistema, con independencia de que se encuentren o no en vigor cuando se declara su inconstitucionalidad».

Hay que pensar que la pervivencia del objeto constitucional es independiente de la existencia de una ulterior convalidación parlamentaria, aunque lo que sí determinará la convalidación del Decreto-Ley es el mantenimiento íntegro de la controversia constitucional sobre aspectos adicionales a los de la falta de presupuesto habilitante, en la medida en que, a través del acuerdo de convalidación, el Decreto-ley deja de ser una norma de carácter temporal para convertirse en norma con vocación de permanencia.

Lo mismo sucede para el caso de que el Decreto-ley termine tramitándose como proyecto de ley y se convierta en una ley con vida propia. El recurso de inconstitucionalidad sobre la constatación o no del presupuesto constitucional habilitante ex artículo 86 CE permanecerá siempre vivo, pero en lo que concierne al contenido material de los concretos preceptos articulados en el Decreto-ley, la pérdida del eventual dependerá de si la norma resultante de la tramitación parlamentaria incorpora el mismo contenido («identidad sustancial normativa») la STC 211/2016, 15 de diciembre (FJ 2).

Vemos, en fin, que la pervivencia del objeto de los recursos de inconstitucionalidad cuando lo que se cuestiona es la existencia de presupuesto habilitante descansa en la idea, allende el caso concreto, de la necesidad de control constitucional de los requisitos constitucionales de las leyes de urgencia.

Por idénticas razones, el caso de los Decretos-legislativos proyecta excepciones a la regla general de la pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad por la acción sobrevenida del legislador.

Cuando la ley sobre la que versa el recurso de inconstitucionalidad ha sido incorporada a un nuevo texto legal que la refunde, se han ido barajando distintas tendencias jurisprudenciales y doctrinales[17].

[17] *Ibidem*, pp. 337 y 338 exponen de manera ordenada las distintas tendencias jurisprudenciales al respecto.

Se ha postulado que, a la vista de la peculiaridad de la refundición, cabría una «extensión de efectos», de una eventual declaración de inconstitucionalidad de la ley objeto de refundición al texto refundido. También, en aproximación más formalista, se ha defendido que lo que procede en estos casos es sólo la declaración de inconstitucionalidad de la ley impugnada y ulteriormente objeto de refundición, sin proyectarse sobre texto refundido, por tratarse este de una nueva norma. Incluso de un modo más ecléctico se ha postulado una suerte de «novación del objeto» del recurso para englobar al texto refundido propiamente dicho cuando haya identidad normativa sustantiva.

La STC 64/2017, de 25 de mayo [FJ 1.b)], parece acogerse a esta última idea cuando apela a la idea de «identidad sustantiva» o «vigencia material» entre la ley recurrida, pero ulteriormente derogada-objeto de refundición, y la norma refundida en vigor, para descartar que deba producirse la pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad de la norma que ha sido derogada, cuando materialmente sigue en vigor por haber pasado a formar parte del texto refundido.

Con todo, aquel recurso no prosperó, por lo que no podemos saber si el Tribunal Constitucional habría secundado la postura de la mera declaración de inconstitucionalidad, o habría transitado hacia la novación de objeto, incluyéndolo no sólo en la tacha de inconstitucionalidad, sino también en la de nulidad[18].

3.2. La relevancia constitucional del sistema de fuentes (II): las especialidades procedimentales y sustantivas de las leyes presupuestarias y de otras leyes de coyuntura

La jurisprudencia constitucional también ha erigido una barrera frente al automatismo de la pérdida sobrevenida de objeto de los recursos de inconstitucionalidad, por la acción ulterior del legislador reformista, en otros casos singulares relativos al sistema de fuentes.

Es el caso de la legislación presupuestaria, que el Tribunal Constitucional ha considerado necesario supervisar, a la vista de sus especialidades tanto procedimentales como materiales (art. 134 CE).

Así, cuando lo que se discute es la procedencia constitucional de la inclusión de una determinada disposición en una ley de presupuestos, la regla de la pérdida de objeto cede en favor de su pervivencia en aras a velar por la adecuación constitucional de la legislación presupuestaria. La STC 122/2018, de 31 de octubre, FJ 2, es un buen expo-

[18] Lo más probable, con todo, a la vista del precedente que en ella misma menciona, el constituido por STC 196/1995, de 13 de noviembre (FJ 2), es que se hubiera acogido a la tesis de la «extensión de los efectos» de la declaración de inconstitucionalidad, sobre las premisas de excepcionalidad y singularidad de los textos refundidos sobre las que los extendió en aquella ocasión, y pese a las dificultades de un encaje natural en el artículo 39 LOTC.

nente, al dejar claro que: «La anterior modificación normativa no determina, sin embargo, la pérdida de objeto de este proceso de acuerdo con nuestra doctrina, pues precisamente lo que se controvierte es el hecho de que estas normas fueran incluidas en una ley de presupuestos, no su contenido material, de forma que no hay ningún óbice para examinar el fondo de la impugnación (por todas, SSTC 9/2013, de 28 de enero, FJ 2, y 86/2013, de 11 de abril, FJ 2)».

Cuando lo que se discute no es tanto la inclusión de una determinada disposición en la ley de presupuestos, sino la idoneidad de la regulación presupuestaria desde el punto de vista constitucional, la incidencia del carácter temporalmente limitado de la vigencia de la ley de presupuestos opera con algún matiz.

Si se trata de decidir sobre la pérdida sobrevenida del objeto de un recurso constitucional sobre una ley de presupuestos que ha dejado de estar en vigor, lo primero que hay que ponderar es si el precepto es flor de un solo presupuesto (vigencia temporal) o, por el contrario, la cuestión presupuestaria controvertida tiene vocación de permanencia y se repite en otros (vigencia temporal tan sólo formal, pero no material), pues la pérdida sobrevenida de objeto será más plausible en el primer caso que, lógicamente, en el segundo, en el que tenderá a pervivir.

La STC 20/2024, de 31 de enero [FJ 2.b)] ó la STC STC 185/2021, de 28 de octubre [FJ 2.b)] han contemplado la pérdida de objeto de una determinada disposición presupuestaria cuando no es incluida en presupuestos ulteriores, desde el entendimiento que el paso del tiempo determina la cesación de cualquier efecto, la inexistencia de cualquier resquicio de actividad, y, por ende, la falta de trascendencia constitucional de la decisión.

Cuestión que puede ser discutible si ese análisis de inexistencia de ultraactividad se ancla sólo y exclusivamente a la pérdida de vigencia de la ley de presupuestos, y en su no reproducción en ulteriores, sin tomar en consideración otros aspectos de índole material y más apegados al caso o cuestión que concretamente se presupuesta, como puede ser la dimensión aplicativa de la propia ley.

Mientras que, por su parte, y de acuerdo con, entre otras, la STC 99/2018 (FJ 2):

> «(...)la pérdida de vigencia de las leyes de presupuestos «no puede sin más determinar la desaparición del objeto de los recursos de inconstitucionalidad contra ellas interpuestos, pues sería tanto como admitir que hay un ámbito normativo, estatal o autonómico, que resulta "inmune al control de la jurisdicción constitucional"» (por todas, STC 33/2014, de 27 de febrero, FJ 2), debiendo examinarse si previsiones similares a la recurrida han venido reiterándose en las posteriores leyes de presupuestos (STC 179/2016, de 25 de noviembre. FJ 2). Ello, sin embargo, no ocurre en el presente caso, en el que la derogación está expresamente formulada en la Ley 13/2017, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2018. Por tanto, en este caso, la pérdida de

> vigencia no es mera consecuencia del carácter temporalmente limitado de la ley de presupuestos sino de la derogación posterior expresa, por otra ley, igualmente de presupuestos, de la Comunidad Autónoma».

Es evidente que confluyen en esta doctrina jurisprudencial la necesidad de salvaguardar el rigor constitucional de la legislación presupuestaria y, a la postre, la primacía constitucional, impidiendo que haya espacios de acción del legislador presupuestario totalmente inmunes al control jurisdiccional.

En íntima conexión con todo ello, el Tribunal Constitucional se ha ocupado de las conocidas como «leyes de acompañamiento». Sin tratarse de leyes sometidas a las rigideces y especialidades del artículo 134 CE, es sabido que tienen una evidente conexión lógica con los presupuestos anuales, aunque las medidas que incorporen casi nunca respondan a la vocación de vigencia temporal característica de la norma presupuestaria. Su seña de identidad es, en todo caso, la de constituir un texto legislativo único, que sigue una tramitación conjunta/paralela al presupuesto, en el que se ven aglutinadas «multitud de medidas normativas de carácter heterogéneo», a menudo sin más interconexión que la de la conveniencia de coyuntura.

En la STC 136/2011, de 13 de septiembre, se discutía la constitucionalidad de la llamada ley de acompañamiento a los presupuestos de 1999[19], y se entendió (FJ 2) que el proceso constitucional debía continuar, pese a la pérdida de vigencia de muchos de los preceptos impugnados, porque se debía velar por el rigor del orden constitucional, encarnado aquí en el procedimiento legislativo.

Otro caso particular lo constituye la STC 156/2016, de 22 de septiembre, que se ocupa de la posible pérdida de objeto de una norma en materia de financiación autonómica, la LOFCA[20]. En el contexto de salida de la crisis económica, disciplinó una serie de obligaciones pendientes de pago de las Comunidades Autónomas con las Entidades Locales, relativas al ejercicio 2015, y además, jamás aplicada.

Así su FJ 2, se impuso la doctrina de la inexistencia de espacio legislativo de inmunidad al control constitucional: «(e)l hecho de que la norma impugnada haya desplegado ya la totalidad de sus efectos, o incluso que no haya llegado a surtirlos por no haber sido precisa su aplicación, como parece haber sucedido en este caso, no implica sin embargo la pérdida de objeto de la controversia. (...) En segundo lugar, porque las normas con vigencia definida y limitada en el tiempo, como ha sido el caso de la presente

[19] Se refiere a la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que acompañó a la Ley 49/1998, de ese mismo 30 de diciembre, por la que se aprobaron los Presupuestos Generales para 1999. Sobre los problemas constitucionales de este tipo de legislación de «arrastre» léase Giménez Sánchez, Isabel M., «Las leyes de acompañamiento y los problemas de las Leyes "Leyes Ómnibus"», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 2008, pp. 525-565.

[20] En aquella ocasión, el apartado 5 de la Disposición adicional octava de la LOFCA; introducido por el artículo 1.5 de la Ley Orgánica 6/2015.

o de las normas que regulan el sistema de financiación autonómica para un determinado periodo de tiempo, al igual que acontece con las leyes de presupuestos, de carácter anual, no pueden constituir un ámbito inmune al control de constitucionalidad (...)». La evidente dimensión competencial latente tuvo, seguramente, una influencia decisiva.

4. La especial relevancia constitucional en la continuación del proceso constitucional: un menú a la carta por materias

Además de estos casos de continuación del proceso constitucional, en los que el interés constitucional puede cifrarse en la preservación del rigor —«pureza» si se quiere usar la calificación del Tribunal Constitucional—, del sistema de fuentes, existen otros tantos de difícil sistematización, al referirse a controversias de índole sustantivo muy variado.

Desde el punto de vista cuantitativo son los supuestos menos frecuentes, lo que ofrece la ventaja de su carácter abarcable para nuestro análisis. Veamos.

Si tomamos como referencia nuestra muestra inicial, aludimos tan sólo a los siguientes pocos casos: STC 44/2023, de 9 de mayo (Ley de aborto); STC 14/2018, de 20 de febrero, y conexas (Leyes educativas); STC 19/2018, de 22 de febrero (Ley de propiedad intelectual); STC 40/2016, 3 de marzo (Ley reforma local) y STC 214/2014, de 18 de diciembre (Ley electoral de Castilla-La Mancha).

4.1. Las modificaciones legislativas sobrevenidas en el sui generis caso de la interrupción voluntaria del embarazo: pérdida parcial del objeto

La STC 44/2023, de 9 de mayo, es un caso ciertamente excepcional, pues el recurso de inconstitucionalidad que resuelve, sobre la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se demoró más de 13 años, de manera que durante su dilatada tramitación[21], experimentó no una, sino dos modificaciones legislativas, una inicial más puntual en 2015, y otra ulterior de mayor alcance en 2023.

La propia Sentencia dedica un extenso FJ 1.B) a valorar las «modificaciones sobrevenidas de la ley orgánica impugnada y delimitación del objeto de enjuiciamiento».

[21] La tramitación del procedimiento y publicación de la sentencia son exóticos, Después de 13 años, los días 8 y 9 de febrero hubo sesión plenaria tras la cual se dio a conocer, en una escueta Nota informativa núm. 9/2023, el sentido del fallo (desestimación), sin mención alguna a los argumentos sustantivas, que no se vio incorporado a una sentencia, hasta que meses después, se dictara la STC 44/2023, de 9 de mayo.

En el caso de la modificación legislativa más puntual, atribuible a la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, y que afectaba tan sólo al consentimiento de las menores, y en concreto, de las adolescentes (de 16 y 17 años), el Tribunal Constitucional declara [FJ 1.B).a)] la pérdida de objeto porque la reforma habría incorporado «una norma de sentido distinto a la impugnada»[22].

En realidad, el Tribunal Constitucional ignora las auténticas dimensiones de la intervención del legislador, y en especial, que la modificación ulterior de 2023, habría reinstaurado el marco regulatorio original, efectivamente impugnado. En efecto, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, ha operado cambios estructurales, incluyendo uno con el que reinstaura en esencia la redacción original en este punto. El artículo 13 bis, en efecto, volvía a fijar como regla la de «las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales». El Tribunal Constitucional no explica porqué deja de lado el auténtico sentido de las reformas legislativas como factor para medir o evaluar la total pérdida de vigencia pues, a simple vista, parece claro que la reinstauración del contenido normativo es un resquicio bien notable de vigencia del contenido normativo impugnado.

Esta postura, controvertida en el seno del propio Tribunal[23], llama aún más la atención en la medida que la incidencia de la modificación legislativa 2023 se admite como muestra de constantes vitales de vigencia en otros casos. Así, la STC 44/2023 [FJ 1.B).b)] defiende que «pervive el interés constitucional en el enjuiciamiento» porque la nueva regulación no cambia ni la esencia de la norma recurrida ni las razones genuinas de la impugnación, pues lo que realmente se cuestionaba es la constitucionalidad del modelo conocido como sistema de plazos, introducido por la Ley Orgánica 2/2010, y mantenido por la Ley Orgánica 1/2023.

No podemos entrar ahora a juzgar la verdadera intensidad de los cambios, pero sí podemos apuntar que algunos eran de auténtico calado. Desde 2023, por ejemplo, se suprime el periodo de reflexión de 3 días que fue clave para el modelo de 2010[24].

De ahí la perplejidad del argumento esgrimido según el cual, la modificación sobrevenida en 2023 no afectaría al recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 44/2023 porque los motivos en los que se funda «fueron objeto de deliberación y desestimación en las sesiones plenarias de los días 8 y 9 de febrero de 2023» y, por tanto, antes de dictarse la sentencia que estudiamos.

---

[22] En la redacción original, la adolescente consentía por sí misma, con un deber de puesta en conocimiento de algún progenitor, salvo en supuestos de grave conflicto (art. 13. 4); en la redacción de 2015 se exige el consentimiento paterno, al suprimirse tal previsión específica.

[23] Véase el Voto Particular de E. Arnaldo Alcubilla y C. Tolosa Tribiño, cuestionando la diferenciación del trato a la cuestión de la pérdida de objeto sin «explicar convincentemente las razones».

[24] Sobre esta cuestión, más ampliamente, *vid*. Ruiz Legazpi, A., «El derecho de las mujeres a decidir sobre su propio embarazo», en VV.AA., *La democracia y sus derechos*, Madrid, 2024.

Podemos asumir que el intolerable tiempo transcurrido por el Tribunal Constitucional y las poco habituales circunstancias en que se dicta la sentencia eran difíciles, pero sin olvidar que precisamente por ello era más imperiosa la necesidad de coherencia y motivación. Se ha dicho que lo que se demandaba del Tribunal era «claridad, pedagogía constitucional y una motivación clara (...) también en la explicación de porqué la jurisdicción constitucional está legitimada para responder con carácter amplio a los recursos planteados contra leyes cuya vigencia ha desaparecido por la modificación legislativa sobrevenida (...)»[25].

Al contrario, el impacto de las modificaciones sobrevenidas de la ley orgánica impugnada carece de un tratamiento coherente, y las diferentes soluciones por las que se decanta la STC 44/2023 carecen de motivación suficiente, son erráticas.

En la fundamentación jurídica del recurso, aparecen entremezclados los tratamientos, tanto de la concreta incidencia de la sobrevenida Ley Orgánica 1/2023, como incluso, los contornos del objeto del recurso propiamente dicho, hasta el punto de que no siempre resulta claro en qué medida, el objeto del recurso lo constituye la ley original propiamente dicha y en qué medida la definición de ese objeto se convierte en un trasunto de la versión reformada, en un objeto que se delimita pensando, pero sin confesarlo, más el modelo legal consolidado en el 2023, que en el modelo legal a enjuiciar[26].

4.2. Las modificaciones legislativas sobrevenidas en materia educativa

La STC 14/2018, de 20 de febrero, debía resolver un recurso de inconstitucionalidad sobre múltiples preceptos de la enésima ley educativa, en concreto la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa («LOMCE»).

Otros tantos aspectos de la LOMCE ya habían sido objeto de otros tantos recursos[27], pero en el resuelto por la STC 14/2018 se discutían los preceptos vinculados al derecho a recibir las enseñanzas en las lenguas oficiales, la repercusión a las Comunidades Autónomas de los gastos de escolarización de alumnos en centros privados con oferta educativa en castellano, y habilitaciones al Gobierno en materia de educación plurilingüe.

Durante los años la tramitación del recurso, una nueva «mayoría parlamentaria» legisló al respecto, a través del Decreto-Ley 5/2016, de 9 de diciembre, de medidas ur-

[25] Voto Particular de Mª. L. Balaguer Callejón.

[26] Por ejemplo, la STC 44/2023 omite razonamiento genuino alguno sobre el papel constitucional del periodo de reflexión como garantía en el sistema de plazos, elemento esencial de la Ley Orgánica 2/2010, suprimido por la Ley Orgánica 1/2023, de manera que más que resolver la duda de constitucionalidad suscitada en el recurso parece estar anticipando la solución jurídica a la reforma sobrevenida mientras el mismo se tramitaba.

[27] Que fueron resueltos por las SSTC 31/2018, 49/2018, 53/2018, 67/2018, 68/2018 mediante amplias remisiones a la propia STC 14/2018.

gentes para la ampliación del calendario de implantación de la LOMCE que, de facto, suspendía la aplicación de la ley impugnada, posponiendo su eficacia y confiándola a la aprobación de una futura ley (que finalmente se hizo esperar hasta la LO 3/2020).

En su FJ 3, la STC 14/2018, razona sobre la eventual pérdida sobrevenida de su objeto, enfatizando la existencia de una dimensión competencial, pero subrayando al mismo tiempo, como especial circunstancia concurrente, la de la «materia que se trata, que guarda directa relación con el derecho fundamental a la educación». La impresión es que se impone la pervivencia del litigio porque la controversia afecta a materia educativa[28].

4.3. Las modificaciones legislativas sobrevenidas en materia de propiedad intelectual

En la STC 19/2018, de 22 de febrero, el Tribunal debía ocuparse de un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto años antes, contra una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, la operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, en conexión con diversas disposiciones de legislación presupuestaria que la concretaban.

En virtud de aquella reforma legislativa, hoy superada, se implantaba un modelo de compensación equitativa por copia privada, íntegramente financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, pero tan insuficientemente dotado, que los recurrentes consideraban el modelo contrario a los artículos 31 a 33 CE. En efecto, el modelo, que a su vez era vicario del implantado por el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, topaba la retribución anual en importes muy mermados, ridículos, alejados de las retribuciones previstas conforme a modelos previos (conocidos como de «canon digital») y de las propias exigencias de la compensación equitativa.

Tan es así que el modelo fue declarado contrario al Derecho de la Unión Europea, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2016 (asunto C-470/14), que advino estando en tramitación el recurso de inconstitucionalidad. Asimismo, en ejecución del veredicto judicial de Luxemburgo, el legislador español tuvo que revertir el modelo, a través de un nuevo Real Decreto-Ley 12/2017, de 3 de julio, que igualmente advino durante el procedimiento constitucional en curso.

Pues bien, la STC 19/2018, de 22 de febrero, decretó[29], sin más, la pérdida sobrevenida del objeto (FJ 2) desde la reflexión de que el legislador de urgencia de 2017 había

[28] Aunque se cita también la STC 184/2012, de 17 de octubre [FJ 2.b)], lo cierto es que el razonamiento del TC está huérfano de desarrollo. Sobre la discrecionalidad del factor «singularidad de la materia» como factor determinante de la pervivencia del objeto del recurso de inconstitucionalidad, ya nos advirtieron Desdentado Daroca, E., y Losada González, H., *op. cit.*, p. 349.

[29] *Vid.* Ruiz Legazpi, A., «Sin juicio sobre el contenido constitucional de los derechos de autor. A propósito de la copia privada: comentarios a la STC 19/2018» que puede consultarse aquí.

instaurado un nuevo modelo, llegando a afirmar, que el legislador de urgencia había implantado una solución transitoria (*sic*), aplicable, llamada a desplegar efectos desde su entrada en vigor, aunque necesitada de despliegue de una serie de Órdenes Ministeriales.

La STC 19/2018 ignoró deliberadamente la inexistencia de un auténtico modelo transitorio, tal como alegaron los recurrentes, en el sentido de que se había dejado sin regulación, y con ello sin indemnización equitativa, ni régimen alternativo de retribución, los derechos de los autores en concepto de copia privada, desde el año en que se aprobó la reforma legal recurrida (2014) hasta el año en que se derogó el modelo (2017). Hasta el punto de que hasta fechas recientes se han sustanciando, con éxito, las reclamaciones por mal funcionamiento del Estado legislador derivadas de aquel desmán (por todas, STS 495/2021, de 12 de abril).

Puede parecer que lo que ha orillado el Tribunal Constitucional es una cuestión de mera legalidad ordinaria, pero no es así, y lo que tal omisión denota y debe subrayarse aquí es la ausencia radical de un verdadero análisis de la ultraactividad de la ley impugnada, de examen de si existe vestigio de vigencia de la norma recurrido, en tanto parámetro constitucionalidad rector de la decisión final sobre la pérdida sobrevenida de objeto. En aquella ocasión, se excluyó la pervivencia de efectos sobre una premisa errónea.

4.4. Otras modificaciones legislativas sobrevenidas: reforma local y reforma electoral

Las STC 40/2016, de 3 de marzo, y 214/2014, de 18 de diciembre, tienen como común denominador haber resuelto recursos de inconstitucionalidad contra leyes que afectan a los derechos de participación política, conectados con la autonomía local en el primer caso, y con el sistema electoral, en el segundo.

En el primer caso, el recurso de inconstitucionalidad ponía en cuestión un Decreto-ley, el 14/2013, con el que se pretendía adaptar el derecho español a cierta normativa europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. En concreto, se impugnaba la sustitución del régimen general de decisión por el Pleno, por otro específico de decisión por Junta de Gobierno o, en su caso, por el Alcalde, cuando faltara cierta mayoría necesaria para acogerse a determinadas medidas de ajuste.

A la hora de ponderar la pervivencia del objeto, STC 40/2016 (FFJJ 2 y 3) declaró su pérdida sobrevenida, al haber decaído la vigencia de la norma en virtud de legislación ulteriormente aprobada (la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local), sin más.

En el segundo caso, la tacha de inconstitucionalidad se dirigía contra una ley autonómica (la Ley 4/2012 de Castilla-La Mancha) que modifica el número de parlamentarios que conformarían la asamblea legislativa de aquella Comunidad Autónoma.

Mientras pendía el recurso de inconstitucionalidad, una nueva ley autonómica (la Ley 2/2014) había vuelto a modificar el número de parlamentarios. A pesar de ser esta nueva ley posterior en el tiempo a la recurrida, mereció más temprana atención y confirmación constitucional (STC 96/2014), de manera que cuando le llega el turno a la que aquí nos ocupa, la STC 214/2014 se limita a declarar la pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad por haber sido derogada la norma impugnada (Ley 4/2012) por una norma ulterior (Ley 2/2014), sin dar explicación sobre el decalaje temporal de sus decisiones.

En ninguno de estos casos encontramos un criterio de interpretación, una regla parametrizable, susceptible de erigirse en canon.

5. Conclusiones

La propia esencia de la jurisdicción constitucional determina la pérdida sobrevenida del objeto de los recursos de inconstitucionalidad cuando, la ley sobre la que versen, haya sido derogada, modificada o reformada por la acción ulterior del legislador democrático.

No obstante, esta regla general no opera automáticamente, sino que demanda un juicio ulterior de apreciación, un examen de verificación, que ha sustanciarse caso a caso.

La muerte del objeto del litigio constitucional sólo puede certificarse cuando, en fin, la ley impugnada, ha dejado de latir, no despliega ningún efecto, carece de ultraactividad, ha perdido todo vestigio de vigencia. En los vericuetos de esta apreciación casuística encuentran su acomodo abundantes excepciones a esta regla general.

No sólo cuando estamos en controversias de índole competencial, cuestión que ha sido estudiada por la doctrina y cuenta con criterios sistematizados en la propia jurisprudencia constitucional, que enraízan con la trascendencia constitucional de este tipo de controversias ligadas a la distribución horizontal del poder[30].

Tras nuestro estudio, puede concluirse que también se invierte la regla general en favor de la pervivencia del litigio cuando la controversia versa sobre la naturaleza orgánica de la ley; sobre la existencia del presupuesto habilitante del Decreto-Ley, o, con matices, sobre una ley que luego se refunde en un texto aprobado mediante Decreto-Legislativo, así como sobre el rigor —«pureza»— de las especialidades formales y materiales de la legislación presupuestaria.

[30] Sobre el modelo constitucional de reparto de competencias y la potenciación del papel del Tribunal Constitucional, Biglino Campos, P., «Un complejo modelo de distribución de competencias que necesita otras garantías», *Revista de Administración Pública*, 2012, pp. 11 y ss.

Cuando, en otras palabas, está en juego la especial relevancia constitucional del sistema de fuentes, no es difícil identificar una suerte de trascendencia objetiva constitucional como factor determinante, a la postre, de que los litigios constitucionales pervivan al margen del comportamiento ulterior del legislador democrático.

Fuera, en fin, de estos supuestos que comprometen el sistema de fuentes, y cuando el debate se adentra en la sustancia normativa, la cuestión de la pérdida de objeto dista de ser, en elementales términos de seguridad jurídica, predecible. La jurisprudencia se torna sumamente casuística y discrecional, y en ocasiones presenta déficits de motivación.

Las auténticas razones por las que el Tribunal Constitucional aprecia pérdida de objeto en unos casos, pero admite la pervivencia del mismo en otros, distan de estar claras cuando se someten a escrutinio, y a menudo carecen de explicación lógica, y hasta incurren en contradicciones (STC 44/2023). A veces, incluso, basan en asunciones que no son certeras (STC 19/2018) o que se revelan un tanto perezosas (SSTC 96 y 214/2014).

Cuantitativamente, el problema parece modesto, pues sólo afectaría al entorno del 5 % de los recursos de inconstitucionalidad, pero cualitativamente es grave, porque abre una vía al azar en el ejercicio mismo de la jurisdicción constitucional.

CAPÍTULO 18

RESERVA LEGAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y PRIMACÍA DE LA LEY: DE LA DEMOCRACIA FUNDAMENTALISTA AL FUNDAMENTALISMO DEMOCRÁTICO

Kamel Cazor Aliste
(Universidad Católica del Norte-Chile)
Profesor (CAUN) Derecho Constitucional

1. Marco introductorio de la contribución

Agradezco la invitación que se me formulara para participar en el *Liber Amicorum de la Catedrática Paloma Biglino*, la que he aceptado con mucho gusto, pues conozco a la profesora Biglino por casi tres décadas, desde el año 1997, cuando comenzó a dirigir mi tesis doctoral en la Universidad de Valladolid, la que concluí exitosamente el año 2000. Investigación que luego fue publicada como libro y que en su parte introductoria menciono a la profesora ahora homenajeada del siguiente modo: «quiero expresar el más profundo y sincero agradecimiento a mi directora de tesis doña Paloma Biglino Campos, quien con su experimentada dirección me entregó en todo instante, especialmente en los momentos más difíciles de la labor investigadora, el oportuno e indispensable consejo y apoyo, lo que fue absolutamente vital, durante los cuatro años de estudio, para llegar a esta instancia final de mi trabajo»[1]. Gratitud que reitero con esta contribución en este libro en su honor.

En el presente trabajo quiero incursionar en una temática muy familiar a la profesora homenajeada, pues abordaré la reserva legal como fundamento esencial del proceso legislativo y manifestación del principio democrático. Especialmente importante es el estudio de esta cuestión, toda vez que la democracia se ve enfrentada en el día de hoy a varios desafíos y peligros que ponen en riesgo el funcionamiento de los actuales Estados Constitucionales de Occidente. En donde cabe destacar los efectos que se están produciendo en la configuración del poder político en los Estados democráticos, especialmente en la consideración de la ley como manifestación de la voluntad soberana de la ciu-

[1] Cazor Aliste, Kamel, *La Sumisión a Derecho de los Actos y Disposiciones del Presidente de la República,* Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, Tomo 1, p. 30.

dadanía. De ahí que la profesora Biglino nos advierta, en un ya clásico trabajo, que «es difícil mantener, como hacía J. J. Rousseau, que la ley tenga como origen una voluntad general y como objeto la propia generalidad. La voluntad del legislador ha dejado de ser un todo coherente y unitario, para convertirse en una suma de intereses»[2].

Razón por la cual, en esta perspectiva de análisis, cobra una especial relevancia la concepción democrática que se sostenga en el respectivo Estado constitucional, donde es posible distinguir: por una parte, la noción de la denominada *democracia fundamentalista*, que le da una clara preeminencia al Estado de Derecho sobre el Estado democrático; y, por otra parte, está la noción del *fundamentalismo democrático*, que, al contrario de la anterior, apela a la preeminencia de la democracia como idea pura y como valor absoluto, en desmedro del Estado de Derecho. Ambas nociones repercuten en el valor de la primacía de la ley, en uno y otro sentido, como manifestación del principio democrático, de ahí su relevancia como objeto de estudio.

Aún a riesgo de sintetizar en exceso los contenidos de este trabajo, se hará también un breve diagnóstico del actual sistema de reserva legal chileno y español, que será fundamental a fin de comprender el contexto de problematización de la presente contribución. Y, deducir, a partir de ello, las principales conclusiones del trabajo.

2. Diagnóstico del actual sistema de reserva legal en Chile y en España

Cabe recordar en esta temática que las normas que regulan la organización y funcionamiento de las Cámaras del Congreso (sistema presidencial) o Parlamento (sistema parlamentario), se denomina por la doctrina como Derecho parlamentario[3]. Este Derecho que regula, nada más ni menos, que la función legislativa, es fundamental dentro de un Estado constitucional y democrático de Derecho. Por ello el Derecho parlamentario, que se circunscribe a un órgano investido de representación popular, sólo puede darse dentro de un sistema constitucional y democrático, esto es, «un régimen político basado en las ideas del Estado de derecho, en la garantía efectiva y en el reconocimiento del sufragio universal y de la libre y plural concurrencia como medios para la integración de los órganos del gobierno»[4]. En definitiva, como indica la profesora Biglino, «el Parlamento es el órgano del Estado donde el principio democrático alcanza su máxima expresión. En primer lugar, porque las cámaras representan a todo el pueblo en su conjunto. En segundo lugar porque, aunque decidan conforme a la regla de la mayoría, articulan cauces de participación para las minorías. Por último, porque actúan confor-

[2] Biglino Campos, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo,* Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2020, p. 55.

[3] Santoalalla, Fernando, *Derecho Parlamentario Español,* Espasa-Calpe, 1990, p. 30.

[4] Berlín Valenzuela, Francisco, *Derecho parlamentario,* Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1994, p. 32.

me al principio de publicidad, de forma que los ciudadanos puedan conocer el sentido de lo actuado por aquellos a quienes han votado»[5]. De esto se deriva la clara consecuencia, de que el principio democrático es el fundamento del Parlamento.

Particularmente importante en esta temática es la técnica de la reserva de ley, que, como bien es sabido, encuentra su fundamento en el principio democrático y en la garantía del pluralismo político (especialmente como garantía de las minorías). Técnica que, a su vez, se vincula con otros principios como el de división de poderes, el cual tendrá una influencia decisiva sobre los límites de aquella (es decir, de la reserva legal). En efecto, como indica la profesora homenajeada, con la aparición de la democracia representativa surgen dos principios esenciales el pluralismo y la división de poderes. Esto es así: «En primer lugar, porque sólo los parlamentos son capaces de expresar las distintas opciones ideológicas existentes en el conjunto del cuerpo electoral. En segundo lugar, porque, aunque el Parlamento es el único órgano que representa a todo el pueblo soberano, ostenta sólo uno de los poderes del Estado. Los demás, sobre todo el Ejecutivo, aunque también sometido a control, actúan como «freno y contrapeso» del Poder Legislativo»[6].

Por esta razón, citando a la misma autora, «las disposiciones del Ejecutivo no ocupan, en el sistema de fuentes, una posición idéntica a la que caracteriza a la ley del Parlamento porque, al elaborarlas, el Ejecutivo no garantiza, como sin embargo hacen las cámaras, los requisitos que impone el principio democrático. Si la ley sigue conservando una posición privilegiada dentro del ordenamiento es, sobre todo, por razones de naturaleza formal (...) la ley continúa siendo la única norma elaborada por un órgano que expresa la voluntad popular en su conjunto, mediante un procedimiento de carácter participativo que permite a los ciudadanos conocer la posición que han adoptado sus representantes. En definitiva —como concluye la profesora Biglino—, lo que cualifica a la ley en el sistema de fuentes es su procedimiento de elaboración»[7]. Incluso, habría que agregar, constituye el fundamento central en la actualidad del principio de la reserva legal, «que sigue plenamente vigente en los sistemas democráticos contemporáneos, aunque su fundamento ha evolucionado desde sus primeras formulaciones»[8].

---

[5] Biglino Campos, Paloma, «Parlamento, principio democrático y justicia constitucional», *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile,* Vol. XII, 2001, p. 181.

[6] Biglino Campos, Paloma, «Parlamento, principio democrático y justicia constitucional», *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile,* Vol. XII, 2001, p. 181.

[7] Biglino Campos, Paloma, «Parlamento, principio democrático y justicia constitucional», *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile,* Vol. XII, 2001, p. 182.

[8] «En los orígenes del Estado liberal, determinados asuntos estrechamente relacionados con los derechos de los ciudadanos solamente podían ser desarrollados por sus representantes. En aquellos momentos se pensaba que una parte de la sociedad no podía hacer daño a la sociedad entera, porque el perjuicio redundaría en los propios miembros de las asambleas. La experiencia histórica ha demostrado que esta justificación de la reserva de ley, aunque necesaria, no era suficiente porque, a veces, por razones políticas coyunturales las mayorías son capaces de perjudicar a todo el pueblo en su conjunto (...) El reconocimiento de este hecho ha llevado a establecer límites al principio mayoritario. Pero también ha impulsado a construir la reserva de ley sobre otros fundamentos. Ahora se

Es importante mencionar finalmente, que, así como el Parlamento encuentra su legitimidad o razón de ser en el principio democrático (democracia formal), igualmente halla en el mismo un límite infranqueable (democracia sustancial). Esta idea debe ser entendida en el contexto de reconocer la fuerza normativa de la Constitución, y esto comienza a desarrollarse, como indica la profesora Biglino, «cuando los ordenamientos recogen la esencial distinción entre poder constituyente y poder constituido (...) La existencia de una Constitución normativa es —prosigue la profesora— el límite más evidente que el principio democrático impone al Parlamento. La norma fundamental recoge las decisiones básicas adoptadas por la sociedad acerca de la organización de los poderes del Estado y la relación que deben mantener con los ciudadanos, límites infranqueables para el legislador. Pero la Constitución no impone sólo límites materiales, sino también condicionamientos formales. En efecto —concluye—, la democracia es, sobre todo, procedimiento»[9].

Ahora bien, la pregunta que surge por sí sola es la siguiente: ¿cómo se aborda esta temática en el actual sistema de reserva legal chileno y español? Es lo que analizaremos a continuación.

2.1. Actual sistema de reserva legal en Chile

Haciendo un diagnóstico general del sistema constitucional chileno en esta materia, es posible resumirlo destacando dos aspectos de la máxima relevancia.

En primer lugar, se da la paradoja que actualmente se configura un sistema de primacía regulativa de la ley como norma de clausura (art. 63, n.º 20, Constitución chilena[10]), que subsiste con un conjunto de mecanismos que, con mayor o menor intensidad, circunscriben con cierta intensidad la decisión democrática manifestada a través del legislador (art. 63, n.os 1 a 19, Constitución chilena). Impactando en la capacidad reguladora de la ley, lo que genera, en el ejercicio de esta potestad normativa, una intensa racionalización, lo que debe compatibilizarse con la propia inspiración democrática de nuestro Estado constitucional (art. 4.º de la Constitución chilena[11]). Con lo que se aprecia una marcada *hiperconstitucionalización*, que se sustenta en una fuerte materialización de valores, principios y derechos fundamentales.

---

interpreta que, si determinados asuntos siguen siendo competencia exclusiva del Parlamento, es porque dicho órgano actúa conforme a unos principios que otros órganos del Estado no están en condiciones de garantizar». Biglino Campos, Paloma, «Parlamento, principio democrático y justicia constitucional», *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile,* Vol. XII, 2001, p. 182.

[9] Biglino Campos, Paloma, «Parlamento, principio democrático y justicia constitucional», *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile,* Vol. XII, 2001, p. 184.

[10] Art. 63. «Sólo son materias de ley: Nº 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico».

[11] Art. 4º. «Chile es una república democrática».

En segundo lugar, se debe destacar que la primacía regulativa de la ley, como norma de clausura, es producto de una consagración constitucional no del todo coherente con la idea original del constituyente, y que en definitiva no cambia sustancialmente lo establecido en la anterior Carta. Para entender esta aseveración, hay que realizar un breve repaso de nuestra tradición constitucional en la temática de la reserva legal.

La Constitución de 1925, en un contexto de un «dominio legal mínimo» (art. 44. «Solo en virtud de una ley se puede»), reconocía la *competencia atributiva genérica* de la ley, transformando a esta en la norma de clausura del sistema normativo, recogiendo un concepto formal y no material de ley. La Constitución de 1980 actual, en el contexto de un «dominio legal máximo» (art. 63. «Solo son materias de ley»), en un principio estableció un ámbito acotado a la ley, determinando aquellas materias reservadas al dominio legal (concepto material de ley), y estableciéndole una *competencia atributiva específica* (homologándolo al sistema francés), a fin de evitar la extralimitación legislativa como acontecía en el anterior sistema constitucional. Es decir, por intermedio de la ley solo se buscaba resolver los problemas más relevantes, lo que aseguraba a la potestad reglamentaria presidencial autónoma (o independiente[12]) un cometido expedito, situándola como norma de clausura del ordenamiento constitucional. Sin embargo y ahí viene la confusión en esta materia, en definitiva, el objetivo del constituyente no fue incorporar en estricto sentido el sistema francés en la ordenación de la relación ley-reglamento, si no que, en la práctica, habría conservado el diseño de la anterior Constitución, manteniendo como principio la primacía de la ley como norma de clausura (pero claramente le agregó nuevos elementos, que no estaban considerados en la Carta precedente, como la reserva material de ley y la potestad reglamentaria autónoma o independiente). Combinando, de este modo, la reserva material con la reserva formal de ley (art. 63, n.º 20: «leyes de bases esenciales»)[13].

En resumidas cuentas, en Chile el constituyente de 1980 buscó superar la situación existente con una evidente confusión conceptual, cuidando, en el marco de un modelo defectuoso, de evitar un eventual desequilibrio de los poderes normativos de la ley y del reglamento. De ahí que el *criterio normativo variable* finalmente establecido, no haya sido el óptimo a la hora de determinar el verdadero alcance de la reserva legal, ya que como medio de distribución de competencias, no ha permitido hasta el día de hoy descifrar con claridad el ámbito del dominio legal y del dominio reglamentario. Lo que ha trasladado, anómalamente, el problema a la esfera atributiva del Tribunal Constitucional, cuya actividad ha apuntado —sin éxito hasta ahora— a encontrar los criterios más óptimos, a fin de delinear las fronteras entre la reserva legal y la potestad reglamentaria,

[12] Art. 32. «Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6º. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes».

[13] Cazor Aliste, Kamel, «La reserva legal y el problema de la relación ley-reglamento en la constitución chilena», *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco*, Vol. 1, 2001, pp. 25-61.

en el contexto de lo que se denomina «reserva de sentencia»; en donde, como lo hemos señalado en otro trabajo, «reviste una especial importancia la perspectiva de verificación que adopte el Tribunal Constitucional cuando está involucrada la temática de la relación ley-reglamento, sobre todo si se está en el plano de la solución de conflictos atributivo-competenciales, entre órganos que poseen las más relevantes potestades normativas dentro del sistema constitucional»[14].

2.2. Actual sistema de reserva legal en España

Haciendo primeramente una breve referencia a la técnica de la reserva de ley en el modelo del constitucionalismo europeo, esta se podría resumir actualmente como «el paso del dualismo al monismo»[15]. El que ha sido interpretado conforme a dos modelos teóricos: el sistema de *tradición jacobina* (siglo XVIII), que se construye con la vista puesta en la esencialidad del Parlamento como fuente monista de legitimidad y considera la ley como norma primaria, la cual no se identifica por su referencia a una materia concreta, sino más bien por su cualidad de técnica formal, reservada a la supremacía normativa del Parlamento en cualquier zona de la vida social; y el sistema *germánico* (siglo XIX) de doble soberanía, basado en un principio democrático y en un principio monárquico, en donde la dinámica estatal favorecía el poder reglamentario del Monarca, por esta razón se complementa el sistema dualista, con el principio de materias reservadas a la ley, que eran principalmente aquellas vinculadas a la libertad y la propiedad[16].

La reserva de ley no se conecta hoy (siglos XX y XXI), como en el dualismo germánico clásico, con un reparto de funciones entre el legislador y el gobierno (como es el caso actual del Derecho francés, en donde la reserva se presenta como un medio que limita la supremacía de la ley, al efectuar un reparto de competencias), en la actualidad se concibe como una garantía de las minorías, lo que implica que el legislador debe abordar directamente la regulación de las materias, sin que pueda dejarla en manos del gobierno. Es decir, la reserva legal se establece «contra» el legislador, quien en ningún caso puede abdicar de su función normativa, regulando la materia reservada con la densidad normativa indispensable, en la que siempre debe prevalecer la *forma de ley como expresión del principio democrático.*

---

[14] Cazor Aliste, Kamel, y Pfeffer urquiaga, Emilio, «La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile», *Revista Ius et Praxis*, Vol. 15, Nº 1, 2009, p. 226.

[15] Tremeau, Jérôme, *La Réserve de loi. Compétence Législative et Constitution*, Ed. Economica, París, 1997, pp. 22-35.

[16] Cazor Aliste, Kamel, *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, Tomo 1, pp. 82-84.

De ahí que sea pertinente mencionar la situación del Derecho alemán actual, en donde el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia, por lo que la reserva es claramente un medio de protección de la supremacía de la ley. En este sentido el Derecho español, más cercano al caso alemán actual, aplica el principio de supremacía de la ley sobre las demás fuentes del Derecho, y el efecto de la reserva es que la potestad legislativa resulta irrenunciable en las materias reservadas; así, en la Constitución española, como bien es sabido, se reconocen dos tipos de reserva: la *reserva ordinaria* establecida en el artículo 53.1, pero también deducible del artículo 53.3, a parte de las *reservas concretas* recogidas en diversos artículos de la Constitución, y la *reserva orgánica*, contemplada en el artículo 81.1[17].

De lo anterior, podemos deducir que en la esfera de las potestades normativas se establece una clara separación entre ley y reglamento, asignándole a aquélla el carácter supremo en la creación del Derecho, cuyo fundamento arranca de su legitimación en la voluntad general. Relacionado con esto, igualmente, se encuentra el tema de la reserva de ley y la primacía de esta. Según Eduardo García de Enterría en el sistema español existe una reserva general en las materias relativas a la libertad y la propiedad, y todo lo que tenga que ver con ellas el reglamento solo tiene cabida siempre que se produzca una habilitación legal, lo que excluye el reglamento independiente como norma alternativa de la ley (no cabría hablar de reserva reglamentaria); de ahí que, el principio de la primacía de la ley se encuentra en estrecha relación con el principio de reserva material, ya que el establecimiento de ésta constituye un principio montado en beneficio de aquélla y no en su perjuicio, lo que excluye el reparto material del campo normativo[18].

A su vez, Juan Alfonso Santamaría Pastor indica que: «La existencia de un amplio conjunto de materias reservadas a la ley no implica (al contrario de lo que sucede en Francia) que los restantes campos posibles de actuación normativa queden reservados al reglamento. No hay —prosigue— prohibición ni límite impuesto a la ley, que pueda extravasar con entera libertad las materias que constitucionalmente le están reservadas, apoderándose de cualquier otro campo (salvo, insistimos, las concretas excepciones que la CE señala) y expulsando total o parcialmente del mismo, si le place, a la normativa reglamentaria (primacía objetiva de la ley)»[19].

Por otro lado, cabe recordar a Ignacio de Otto, quien niega la existencia de una reserva general de ley en la Constitución española y solo reconoce reservas parciales sobre determinadas materias. En este sentido para este autor, la técnica de reservas concretas sirve para determinar las relaciones entre ley y reglamento, en la medida que en

---

[17] Cazor Aliste, Kamel, *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República,* Universidad Central de Chile, Santiago, 2002, Tomo 1, pp. 84-85.

[18] García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I,* Civitas, Madrid, 1995, pp. 230-231.

[19] Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 790.

aquellas materias donde no existe reserva de ley es posible que el ejecutivo ejerza su poder reglamentario independiente ad extra[20]. Luis María Diez-Picazo resume certeramente esta tesis de Ignacio de Otto, y señala: «Esta sugestiva tesis se fundamenta, en última instancia, en un rechazo del argumento central de la doctrina mayoritaria, según el cual la interdicción de los reglamentos independientes en materias no organizativas deriva de la reserva general del artículo 53.1 CE; esto es, procede de la natural fuerza expansiva de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, de suerte que toda regulación de relaciones intersubjetivas afecta, de un modo otro, a derechos fundamentales, coincidiendo así la reserva del citado artículo 53.1 CE con la vieja cláusula germánica de libertad y propiedad. Frente a esto, subraya de Otto el tenor literal del artículo 53.1 CE, que reserva a la ley tan solo la regulación del ejercicio de tales derechos y libertades, a la vez que pone de relieve la íntima conexión existente entre la mayoría parlamentaria y Poder Ejecutivo —hoy el auténtico conflicto es el que media entre mayoría y oposición— y la consiguiente legitimación democrática del Gobierno»[21].

En el Contexto de la Constitución española y su configuración de la reserva legal, habría que agregar, siguiendo a Herrero de Miñón, lo concerniente a las «falsas vías de consenso constitucional»[22], de las cuales se podrían destacar dos: Por una parte, la *técnica de desconstitucionalización*, que se genera al transformar la Constitución en un programa legislativo, devaluándola y prolongando el proceso constituyente, por vía de la remisión a una ley futura[23], la que muchas veces está «motivada por la falta de voluntad de decidir, por la dificultad de alcanzar un acuerdo, o incluso, por el mal disimulado intento de bloquear instituciones o procedimientos que se veían como antipáticos aunque se aceptaban retóricamente»[24]. Y, por otra parte, el *compromiso apócrifo*, que es un acuerdo supuesto o fingido, que se traduce en una fórmula que, a través de términos equívocos o ambiguos, busca obtener un compromiso aparente, y hacen creer que se ha obtenido un consenso, ocultando tras la apariencia normativa una decisión de no decidir a nivel constitucional[25]. Ambas vías claramente potencian la capacidad reguladora de la ley en el sistema español, la cual, como indica Santamaría Pastor, podría apoderarse de cualquier otro campo y extravasar con entera libertad las materias que constitucionalmente le están reservadas[26].

---

[20] De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Ariel, Madrid, 1998, pp. 214-219.

[21] Diez-Picazo, Luis María, «Concepto de ley y tipos de leyes». En Garrorena Morales, Ángel (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales,* Tecnos, Madrid, 1990, p. 154.

[22] Herrero de Miñón, Miguel, «Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional», *Revista de Estudios Políticos,* 9, 1979, pp. 84-89.

[23] Herrero de Miñón, Miguel, «Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional», *Revista de Estudios Políticos,* 9, 1979, pp. 84-85.

[24] Alzaga, Óscar, *Del consenso constituyente al conflicto permanente,* Trotta, Madrid, 2011, p. 27.

[25] Herrero de Miñón, Miguel, «Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional», *Revista de Estudios Políticos,* 9, 1979, p. 86.

[26] Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo I,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 790.

Un ejemplo actual de ello, es la *Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña* (publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 11 de junio de 2024), que en su Preámbulo indica:

> «*La Constitución no prohíbe la institución jurídica de la amnistía, sino solo una manifestación concreta del derecho de gracia, como son los indultos generales, que cuentan con una naturaleza jurídica muy diferente a la que es propia de una ley orgánica de amnistía, al ser el indulto una prerrogativa del Poder Ejecutivo. La propia sentencia 147/1986 abunda en esta cuestión al afirmar que «es erróneo razonar sobre el indulto y la amnistía como figuras cuya diferencia es meramente cuantitativa, pues se hallan entre sí en una relación de diferenciación cualitativa»*».

Es decir, la Constitución prohíbe expresamente la institución jurídica de los indultos generales, pero no dice nada respecto de la amnistía, por ende habría que deducir que no estaría prohibida a nivel constitucional. Con ello, creemos, se buscaba obtener por el constituyente español un compromiso aparente en torno a la amnistía, y hacer creer que se ha obtenido un consenso en torno a ella, ocultando tras la apariencia normativa una decisión de no decidir a nivel constitucional (como si lo hizo con los indultos generales), pues se guarda silencio respecto de esta institución jurídica, con lo que aparentemente si podría ser regulada por una ley. De ahí la controversia que se ha desatado en España, y aún no resuelta, en torno a la constitucionalidad de la referida ley de amnistía.

Parece claro, eso sí, de acuerdo a lo que se indica en el Preámbulo de la Ley Orgánica de Amnistía y lo que veremos a continuación, que la decisión legislativa de las Cortes Generales se circunscribe a una noción más cercana al *fundamentalismo democrático* o, más precisamente, a la idea de «democracia avanzada» que se cita en el Preámbulo de la Constitución española de 1978 («*Establecer una sociedad democrática avanzada*»).

Citamos textualmente el Preámbulo:

> «*Toda amnistía se concibe como una figura jurídica dirigida a excepcionar la aplicación de normas plenamente vigentes, cuando los actos que hayan sido declarados o estén tipificados como delito o determinantes de cualquier otro tipo de responsabilidad se han producido en un contexto concreto.*
>
> *Esta facultad legislativa se configura en el ordenamiento como un medio adecuado para abordar circunstancias políticas excepcionales que, en el seno de un Estado de Derecho, persigue la consecución de un interés general, como puede ser la necesidad de superar y encauzar conflictos políticos y sociales arraigados, en la búsqueda de la mejora de la convivencia y la cohesión social, así como de una integración de las diversas sensibilidades políticas.*

> *Es, por tanto, una institución que articula una decisión política mediante una ley aprobada por el Parlamento como expresión del papel otorgado por la Constitución a las Cortes Generales, que se erigen como el órgano encargado de representar a la soberanía popular en los poderes constituidos y configurar libremente la voluntad general a través del ejercicio de la potestad legislativa por los cauces preestablecidos*».

3. De la democracia fundamentalista al fundamentalismo democrático

3.1. La democracia fundamentalista

Este contexto analítico, en primer término, habría que situarlo dentro de la concepción de *democracia fundamentalista* o *fundamentalismo constitucional*, que sustenta el actual sistema de la Carta de 1980, caracterizado, siguiendo a Ackerman, porque «el pueblo no tiene la autoridad necesaria para cambiar la Constitución (...) esto no significa que para el fundamentalismo no haya lugar para un gobierno democrático y popular, pero sí, que *un gobierno democrático y popular debe estar restringido por el respeto a ciertos principios y a ciertos derechos*. En otras palabras —prosigue este autor—, el fundamentalismo tiene un compromiso con la democracia, aunque tiene un compromiso más profundo con el respeto a los derechos fundamentales (...) En la visión fundamentalista si los derechos fuesen a ceder frente a decisiones colectivas ellos no satisfarían el rol que están llamados a desempeñar»[27].

En este mismo sentido, se concluye, como «para los fundamentalistas los derechos [«*Derechos*»] son definidos con independencia del proceso democrático (...) la Constitución es, primero y principal, un instrumento de protección de «*Derechos*» de tal modo que sólo después que estos «*Derechos*» son garantizados el proceso democrático puede abrirse su propio camino»[28]. Expresado de otro modo, existe un «núcleo de lo no decidible por la democracia política»[29], y situados en el plano constitucional chileno, dicho coto vedado lo podríamos encontrar en un verdadero mínimo liberal constitucionalmente garantizado.

De ahí que, en esta perspectiva doctrinal, se parte del Derecho para incidir en la realidad, practicando no un constitucionalismo funcional sino, más bien, beligerante, resolviendo el conflicto *en favor de la Constitución*. Sin embargo, esta perspectiva posee

---

[27] Ackerman, Bruce, y Rosenkrantz, Carlos, «Tres concepciones de la democracia constitucional», *Cuaderno y Debates,* núm. 29, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 15, 22 y 23.

[28] Ackerman, Bruce, y Rosenkrantz, Carlos, «Tres concepciones de la democracia constitucional», *Cuaderno y Debates,* núm. 29, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 25.

[29] De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 12.

evidentes riesgos: por un lado, «confiar en el Derecho por sí mismo, por sus características técnicas, resolviéndose el uso del Derecho en la búsqueda prevalente o exclusiva de su funcionalidad racionalizadora, deslizándose al fin hacia una coincidencia con posturas puramente formalistas»; por otro lado, se pone toda la esperanza «en el despliegue de las potencialidades que alberga la normatividad constitucional», generando una *hiperconstitucionalización*, es decir, «en la Constitución debe buscarse la solución de todos los problemas (...) lo que conduce a estimar que todo está ya decidido, que hubo un momento en el que se decidió definitivamente el futuro, que, en consecuencia, la capacidad de decisión está «congelada» y, por tanto, se excluyen o reducen considerablemente las posibilidades del principio democrático y de una ciudadanía activa, con lo que termina coincidiendo con posiciones antidemocráticas, aunque formalmente constitucionales, que completan la contraposición entre Estado de Derecho y Estado democrático con clara opción por el primero ante su perfección técnica frente al segundo, dada su imperfección política»[30].

Esta perspectiva se podría circunscribir a una visión, más bien, clásica de raíz liberal que apunta principalmente a la racionalización jurídica del poder político, que es propia del *constitucionalismo jurídico*. Esta visión, que está en los orígenes del constitucionalismo contemporáneo, genera también la no fácil vinculación entre derecho y política, más específicamente la interacción entre constitución y democracia.

En efecto, como lo señalamos en otro trabajo, «el constitucionalismo y la democracia [citando a Carlos Santiago Nino], se combinan para formar un sistema de gobierno conocido bajo el nombre de *democracia constitucional* (a veces utilizado como sinónimo de «democracia liberal»); sin embargo, este matrimonio entre democracia y constitucionalismo no es sencillo, pues, a veces, la expansión de la primera conduce al debilitamiento del segundo o, por el contrario, el fortalecimiento del ideal constitucional se convierte en un freno para el proceso democrático. Como señala [también] Stephen Holmes, la «democracia constitucional» es un matrimonio de opuestos, un oxímoron, para los demócratas la Constitución es un fastidio, y para los constitucionalistas la democracia es una amenaza»[31]. Que en el caso de la *democracia fundamentalista*, con su clara preeminencia del Estado constitucional sobre el Estado democrático, repercute en el valor de la primacía de la ley, racionalizando fuertemente su capacidad decisoria en la esfera normativa.

[30] De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 12-13.

[31] Cazor Aliste, Kamel, «Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: Hacia una nueva teoría constitucional». *Ius et Praxis*, 13.1, 2007, p. 56.

3.2. El fundamentalismo democrático

Al contrario de la anterior noción, el *fundamentalismo democrático* apela a la preeminencia de la democracia como idea pura y como valor absoluto (una especie de sacralización democrática), en desmedro del Estado constitucional de Derecho, potenciando, en lo que nos interesa en este trabajo, el valor de la primacía de la ley como manifestación del principio democrático.

El contenido de este acápite será abordado primeramente desde la perspectiva de la filosofía política, y luego será analizado desde la visión del *constitucionalismo político*. Cuestión que tratará de dilucidar, en uno u otro caso, los significados del concepto de democracia, lo que será determinante a la hora de sustentar una concepción fundamentalista de la democracia, «idea que actúa como guía para perfeccionar esas democracias realmente existentes», esto es, «en el contexto de las democracias empíricas homologadas (...) democracias avanzadas (...) que se establecen en función de esa Idea pura de Democracia»[32].

En la primera perspectiva, utilizaremos principalmente la visión de la corriente que se ha desarrollado en España denominada *materialismo filosófico*. En efecto, esta visión filosófica ha analizado con cierta profundidad el llamado fundamentalismo democrático, que parte de la base que la democracia es el contenido mismo de toda sociedad política (como ideología), el cenit de una determinada forma de convivencia política-social. Por tanto, «para el fundamentalismo sólo la sociedad democrática merece el nombre de sociedad política verdadera; las demás serían, a lo sumo, verdaderas sociedades políticas, pero sociedades políticas falsas o inestables»[33]. Fundamentalismo que, por una parte, orienta a las democracias positivas existentes (imprescindibilidad); y, por otra parte, sustenta una idea pura de democracia que no puede considerarse como realmente existente en las sociedades políticas (imposibilidad), cuestión claramente paradojal.

De ahí que se critique a las sociedades políticas democráticas, que creen que solo pueden entenderse a sí mismas desde esta idea fundamentalista (como una nematología de la democracia estrictamente metafísica), que «se apoya en una idea pura de democracia considerada como núcleo y motor de las democracias empíricas, en cuanto son Estados plenos de derecho»[34].

Ahora bien, cuando se somete a un veredicto a estas democracias empíricas homologadas (tales como España, Chile, Francia, Italia, Estados Unidos, Argentina, Alemania, entre otras), estas quedan sometidas a esta disyuntiva en cuyos términos es preciso elegir entre fundamentalismo o funcionalismo. Así, citando a Gustavo Bueno, «si man-

[32] Bueno, Gustavo, *Panfleto contra la democracia realmente existente,* Pentalfa, Oviedo, 2020, p. 49.
[33] Bueno, Gustavo, *Panfleto contra la democracia realmente existente,* Pentalfa, Oviedo, 2020, p. 69.
[34] Bueno, Gustavo, *Panfleto contra la democracia realmente existente,* Pentalfa, Oviedo, 2020, p. 77.

tenemos el nombre de *fundamentalistas* para las concepciones de las democracias empíricas como realizaciones deficitarias de la idea pura de la *oloarquía*, podríamos, en efecto, llamar *funcionalistas* a las concepciones de las democracias empíricas como realizaciones alternativas o posibles de la Idea pura de la *poliarquías* («gobierno de los muchos»), que habría que oponer a las *pauriarquías* (de *pauros*, en pequeño número)»; por ejemplo, para un fundamentalista tenderá siempre a ver a la monarquía como un arcaísmo incoherente con el que será preciso transigir, pero pensado siempre en el supuesto de su eliminación «por principio», ya que las disfunciones de la democracia sólo se arreglan, dirá el fundamentalista, «con más democracia», un funcionalista, en cambio, podrá interpretar la institución monárquica, incluso sin perjuicio de su incoherencia, como un éxito y como un logro obtenido en circunstancias determinadas, un logro que no tendría que ser eliminado por principio[35].

De esta forma, el fundamentalismo llevado a un extremo podría sostener un concepto de democracia que se desvincule del Estado de Derecho y la Constitución, donde perfectamente una mayoría parlamentaria, apoyada en ideas iliberales o populistas, podría tomar una decisión «democrática» al margen del paradigma del Estado constitucional de Derecho, sustituyéndolo por la voluntad del «pueblo», considerado como una unidad armónica y lisológica. Privilegiando sobre todo la dimensión política en desmedro de la dimensión jurídica, bajo una concepción de democracia radical (política democrática) en contraste con la democracia liberal, distinguiendo, respectivamente, entre tradición democrática y tradición liberal, que lleva implícito la tensión entre igualdad y libertad[36].

Llegado a este punto del análisis, finalmente, corresponde hacernos cargo brevemente de la concepción del *constitucionalismo político*, que, en definitiva, es aquel que considera la Constitución en términos políticos, en donde «el pueblo tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución»[37]. De ahí que, como indica Luis López Guerra, se plantee en esta concepción el debilitamiento del control jurisdiccional, lo que mejoraría los márgenes de discusión sobre la Constitución fuera de los Tribunales, y que permitiría a los órganos con credenciales electorales directas jugar un rol más central en la discusión constitucional[38].

Para precisar mejor su contenido como teoría constitucional, siguiendo a Marco Goldoni, el constitucionalismo político está compuesto principalmente por tres principios, con los que se demuestra que este «presenta poderosos argumentos que enriquecen

---

[35] Bueno, Gustavo, *Panfleto contra la democracia realmente existente,* Pentalfa, Oviedo, 2020, pp. 57-62.

[36] Mouffe, Chantal, *Paradoja democrática,* Gedisa, Barcelona, 2016, pp. 22-23.

[37] Tushnet, Mark, «Derecho Constitucional Crítico y Comparado». En Gargarella, Roberto, y Niembro, Roberto (coords.), *Constitucionalismo Progresista: Retos y Perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet,* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F., 2016, p. 13.

[38] López Guerra, Luis, «Los retos al Tribunal Constitucional español, desde la perspectiva del "constitucionalismo político"», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25.1, 2021, p. 14.

la teoría constitucional»[39]: el principio de la *igualdad política*; el principio que considera *la Constitución como proceso político*; y el principio de *la legislación como modo de creación del Derecho*[40].

En resumidas cuentas, como muy bien sintetiza Marco Goldoni, «la esencia del constitucionalismo político se encuentra en la idea de que la acción política no debería estar constreñida sino que se la debe dejar prosperar porque de esa manera su creatividad puede hacer frente a los problemas colectivos comunes. La creación representativa del derecho es la mejor manera para responder a las contingencias con soluciones institucionales novedosas»[41].

De ahí que Richard Bellamy preconice «la constitucionalidad de la política legislativa», esto es, que incluso para defender ciertos derechos individuales —en situaciones ordinarias o extraordinarias— los tribunales se han revelado como instancias no especialmente competentes[42]. Por ello concluye este autor, en una tesis más inclinada al componente democrático-republicano que liberal, que la limitación constitucional de la democracia debilita sus atributos constitucionales, colocando en su lugar ciertos mecanismos inferiores, abogando antes por la «democracia», que por los «jueces»[43]; en el sentido que «aunque es innegable que necesitan mejorarse, las disposiciones democráticas que encontramos en las democracias establecidas que funcionan con éxito en el mundo resultan suficientes para satisfacer los requerimientos republicanos de no dominación, mientras que, por su lado, todos los esfuerzos dirigidos a mejorar tales dispositivos mediante la intervención judicial vienen a crear condiciones de dominación»[44]. Es por esto que Bellamy plantee como propuesta, por una parte, el «uso público de la razón», la que operaría como un factor de legitimación a la hora de tomar decisiones, en un proceso igualitario para todos los ciudadanos; y, por otra parte, adhiera al «equilibrio de poderes», postulando una reformulación de la doctrina clásica de la división de poderes, donde resalta la importancia de una separación horizontal del poder (más que vertical), que, en un equilibrio competitivo, obligaría a las minorías a escucharse y a alcanzar acuerdos que darán lugar a la formación de mayorías, en las que juegan un rol relevantes los partidos políticos[45].

---

[39] Goldoni, Marco, «Constitucionalismo político y el valor de la toma de decisiones constitucionales», *Derecho y Crítica Social*, 1 (1), 2015, p. 78.

[40] Goldoni, Marco, «Constitucionalismo político y el valor de la toma de decisiones constitucionales», *Derecho y Crítica Social*, 1 (1), 2015, pp. 71, 72 y 75.

[41] Goldoni, Marco, «Constitucionalismo político y el valor de la toma de decisiones constitucionales», *Derecho y Crítica Social*, 1 (1), 2015, p. 99.

[42] Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 270.

[43] Álvarez, Ignacio, «Reseña bibliográfica: Richard Bellamy, Constitucionalismo político», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 90, 2010, p. 392.

[44] Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 281.

[45] Álvarez, Ignacio, «Reseña bibliográfica: Richard Bellamy, Constitucionalismo político», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 90, 2010, p. 391.

4. Principales conclusiones

1. Como se ha demostrado a lo largo de estas páginas, la reserva legal se ha estructurado bajo los parámetros del constitucionalismo jurídico (de corte liberal), garantía normativa que sigue plenamente vigente, aunque su fundamento, como nos ha recordado la profesora Biglino, ha evolucionado desde sus primeras formulaciones y la ley, que es su principal manifestación, ha dejado de ser una voluntad realmente representativa y unitaria, para convertirse más bien en una suma de intereses.
2. En las últimas décadas una de las derivaciones que ha tenido la primacía de la ley en los sistemas constitucionales occidentales (o, como los hemos denominado, democracias empíricas homologadas), es el tránsito de una concepción de democracia fundamentalista a un fundamentalismo democrático, cuestión que claramente ha debilitado el paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Ideología que, no obstante buscar fortalecer la política democrática a través de la decisión legislativa, debilita los cimientos del constitucionalismo jurídico, que apunta principalmente a la racionalización jurídica del poder político, fortaleciendo la perspectiva del constitucionalismo político.
3. Finalmente, con la anterior conclusión se enfatiza una visión emancipatoria de la política legislativa y su carácter irreductible al paradigma del Estado constitucional, alejándolo de su rol que racionaliza o «contiene» la acción política. Cuestión que debilita peligrosamente la fuerza normativa de la Constitución, generando una verdadera involución en la tradición del constitucionalismo. Ya que, como bien lo enfatiza la profesora homenajeada, la existencia de una Constitución normativa es el límite más evidente que el propio principio democrático impone al Parlamento.

PARTE V
ESTUDIOS SOBRE LA AMNISTÍA

CAPÍTULO 19
EL DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE LA AMNISTÍA

Manuel Aragón Reyes
Catedrático emérito Derecho Constitucional
Magistrado emérito Tribunal Constitucional

1. Las cuestiones fundamentales de la controversia

Como era de esperar, la comunidad de los juristas españoles se ha pronunciado profusamente sobre la constitucionalidad de la proposición de Ley de Amnistía que se tramitó en las Cortes Generales, aprobada el pasado 30 de mayo y publicada en el BOE, con inusitado retraso, el 11 de junio. Las posiciones han sido divergentes: unas en contra y otras a favor de la constitucionalidad.

Una primera aproximación a ese debate pone de manifiesto unos datos que no pueden obviarse: la mayoría de los juristas académicos que se han pronunciado públicamente en esta controversia han sostenido la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía, más aún, todos los dirigentes del partido y el Gobierno que en otoño de 2023 impulsaron esa Ley habían rechazado rotundamente cualquier amnistía, por inconstitucional, antes de las elecciones del 23 de julio de 2023. Por otro lado, la secretaría general del Congreso de los Diputados había estimado inconstitucional una proposición de ley amnistía de 2021, similar a la de ahora, y que entonces, por esa razón, fue rechazada por la Mesa del Congreso; aunque, pese a ello, la nueva secretaría general de la Cámara, cambiando radicalmente el criterio anterior, no estimó que fuese abiertamente inconstitucional la amnistía que ahora se pretende, y en ese cambio de criterio se apoyó la Mesa del Congreso para admitirla a trámite, aunque, después, los letrados de las Cortes en la Comisión de Justicia sí la han estimado inconstitucional, y lo mismo ha hecho, de manera aún más rotunda y fundamentada, la secretaría general del Senado. También las asociaciones profesionales de jueces, de fiscales, de abogados, de abogados del Estado, de diplomáticos, de inspectores de hacienda, de inspectores de trabajo y de otros

altos funcionarios han manifestado su oposición a la Ley de Amnistía por considerarla inconstitucional.

Pero esos datos, sin duda relevantes, no pueden ser concluyente acerca de la superioridad del criterio de unos u otros (los detractores o los defensores de la Ley de Amnistía) puesto que, para aquilatar en Derecho la validez de las razones en liza, las que importan no son tanto las basadas en la cantidad, sino en la cualidad, esto es, las que se sustentan exclusivamente en sopesar cuáles son (ya sean mayoritarios o minoritarios) los argumentos jurídicamente mejor fundados[1].

De ahí que sea necesario examinar los puntos fundamentales[2] de la controversia, que pueden resumirse en cuatro. Los tres primeros, referidos a la amnistía en general, son el dato de que la Constitución no ha previsto expresamente la amnistía y, en relación con ello, la competencia de las Cortes Generales a la hora de legislar; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y los ejemplos que facilita el Derecho comparado. Un último punto, referido a la concreta amnistía propuesta (y ya aprobada), está radicado en la finalidad de la misma. Sobre esos cuatro puntos se han manifestado de manera distinta los detractores y los defensores de la constitucionalidad de la amnistía.

A partir de ahí, lo que se pretende en el presente trabajo es examinar las posiciones de unos y otros en relación con los puntos aludidos[3], con el objetivo de sopesar la mayor o menor solidez jurídica de los argumentos esgrimidos. Aunque mi posición sobre ese debate, sosteniendo la inconstitucionalidad de la amnistía, la he hecho públi-

[1] Ese es, me parece, el único criterio válido para pronunciarse, en Derecho, sobre esta polémica.

[2] Dejo de lado otros más concretos, aunque no carezcan de importancia, como los referidos a determinados preceptos de la Ley de Amnistía, que plantean problemas serios en relación con determinados delitos, con el ámbito temporal al que la amnistía se extiende y, en general, con el principio de seguridad jurídica, o con instituciones de Derecho interno o de Derecho de la Unión Europea, así el precepto que parece desfigurar la naturaleza y efectos de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial. Para evitar una desmedida extensión de este trabajo he preferido fijarme sólo en los problemas constitucionales más generales e incisivos que en la polémica se han suscitado.

[3] El despliegue de esa polémica en prensa, en revistas especializadas y en libros ha sido intenso. La cita sería muy extensa, y por ello improcedente aquí, aparte de ser suficientemente conocida, aunque las posturas principales en liza pueden perfectamente resumirse en las adoptadas por los cuatro autores de los trabajos sobre la Ley de Amnistía publicados en el último número, 131, mayo-agosto de 2024, de la *Revista Española de Derecho Constitucional*: García Roca, J., que defiende la completa constitucionalidad tanto de la amnistía en abstracto como de la Ley de Amnistía en concreto; Tajadura Tejada, J., que denuncia la completa inconstitucionalidad de ambos supuestos; Guerrero Vázquez, P., que no descarta la constitucionalidad en abstracto de la amnistía, pero que sostiene, aunque con dudas y sin rotundidad, la inconstitucionalidad de esta concreta Ley de Amnistía; y Aguado Renedo, C., que defiende la constitucionalidad de la amnistía en abstracto, pero que denuncia, de manera rotunda, la inconstitucionalidad de esta concreta Ley de Amnistía. No obstante, por su especial entidad, debo añadir, a los que acaban de citarse, dos trabajos más, recientemente publicados: el libro de Cándido Paz-Ares, *Las falacias de la amnistía,* Edit. Comares, Granada, 2024, y el artículo de Agustín Ruiz Robledo, «La amnistía en la España constitucional», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 40, 2024; el primero sostiene la constitucionalidad de la institución de la amnistía, pero entiende que la Ley de Amnistía es inconstitucional, y el segundo estima que es inconstitucional tanto la amnistía en abstracto como la Ley de Amnistía en concreto.

ca y es bien conocida, y de ella, obviamente, ni quiero ni puedo desprenderme[4], intentaré realizar aquel examen con la mayor objetividad posible, admitiendo, por supuesto, que mi razonamiento está sometido a la crítica de aquellos que, legítimamente, piensen de manera distinta[5].

Dicho ello, antes de examinar las posiciones en liza acerca de esos puntos que he considerado esenciales, procede detenerse en una cuestión previa, de carácter conceptual y metodológico: la supuesta diferencia entre un «constitucionalismo militante» y un «constitucionalismo distanciado» que, en relación con la amnistía, algún autor ha esgrimido[6].

2. Constitucionalismo «militante» en oposición a constitucionalismo «distanciado»

Esa supuesta distinción quizás sea la clave fundamental para comprender la diferente postura entre los que defienden que la Constitución permite la amnistía y los que, por el contrario, sostienen que la Constitución no la permite. Para unos, la Constitución es sólo un marco en el que las políticas legislativas se pueden mover con una capacidad «casi» ilimitada, de manera que el jurista, al interpretar la Constitución, ha de respetar la libertad de decisión política de la representación popular en todo aquello que la Constitución expresamente no haya prohibido. Esa, resumidamente, puede ser la concepción que descansa bajo el término, de constitucionalismo «distanciado».

[4] Todo constitucionalista comprometido con su oficio, al examinar la polémica constitucional sobre la amnistía, es, inevitablemente, juez y parte. Ningún jurista que se precie puede enfrentarse a este asunto desde una posición completamente aséptica, o mejor, relativista hasta el punto de sostener, simultáneamente, la constitucionalidad y la inconstitucionalidad, con violación del principio de no contradicción. Razonando en Derecho, los diversos juristas pueden sostener posiciones diferentes e incluso contrapuestas, ello es obvio. Pero, desde una misma posición, no cabe sostener, individualmente, con la misma fuerza, una solución y la contraria, pues, para un jurista, las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo. Mi posición, expuesta en artículos de prensa, compilados en el libro colectivo *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, dirigido Por Manuel Aragón, Enrique Ginbernat y Agustín Ruiz Robledo, COLEX, 2024, y en el estudio «Amnistía y democracia constitucional. La Constitución como límite», en libro colectivo *La amnistía: el caballo de troya de la democracia*, dirigido por Andrés Betancor, Edit. Deusto, 2024, es clara en cuanto que, desde el punto de vista del ordenamiento español, considero inconstitucional no sólo la institución de la amnistía en abstracto, sino también la concreta Ley de Amnistía que se ha dictado.

[5] El respeto intelectual hacia los discrepantes así lo exige. Por ello no me parece de recibo que algunos acudan a motivaciones políticas, y no jurídicas, para juzgar la polémica, como, por ejemplo, C. Paz-Ares, *op. cit.*, p. 28, «Entre nuestros doctores de derecho constitucional parece que ha hecho mella la polarización política», añadiendo que «me temo» [que] «la división doctrinal acerca de admisibilidad constitucional de la figura en abstracto» [no] «habría sido tan marcada si esta amnistía en concreto hubiese sido acordada por el PSOE y el PP». Este tipo de juicio de intenciones, o de presunción sin base objetiva alguna, me extraña en un jurista serio como él, puesto que muchos de los juristas españoles que, en esta polémica, se han pronunciado a favor de la inconstitucionalidad, en abstracto, de la amnistía, sostienen que ni siquiera una amplia mayoría parlamentaria que apoyase una concreta amnistía podría salvar dicha inconstitucionalidad.

[6] García Roca, J., en el trabajo antes citado.

Para otros, la vinculación negativa de la ley a la Constitución sólo opera respecto de las cláusulas de apertura constitucional para garantizar el pluralismo, pero no respecto del contenido infranqueable (podríamos decir, el «contenido esencial») de los principios y reglas constitucionales de obligatorio complimiento. En este ámbito, la ley no está vinculada negativamente a la Constitución, sino positivamente, desde el punto de vista de que no pueden las Cortes Generales vulnerar o desfigurar aquellas reglas y principios. A los que defienden esa concepción se les atribuye que practican un constitucionalismo «militante».

Creo que esta distinción es difícilmente aceptable, conceptual y metodológicamente. La Constitución española, cualquier constitución, hay que tomársela en serio y ello significa que las Cortes Generales (y todos los demás poderes públicos) han de encontrarse sometidos a la Constitución, de manera que, si por militante se entiende la defensa de la Constitución frente a la libertad omnímoda del legislador, todo constitucionalismo ha de ser militante. Lo que sucede es que el término «militante» no es acertado para aplicarlo al constitucionalismo. «Distanciado», tampoco. Una cosa es la «democracia militante» o «no militante», asunto complejo y que está referido a la libertad ideológica y sus posibles límites, y otra bien distinta es la de la naturaleza jurídica y el significado de la Constitución.

Si el jurista no se toma la Constitución en serio, si se «distancia» de sus inequívocos postulados, lo que puede suceder no es otra cosa que la «desnormativización» de la Constitución, por cierto, en contradicción de lo que dispone el artículo 9.1 CE. La Constitución, como se ha dicho tantas veces, no es una página en blanco en la que el legislador pueda escribir a su capricho, tampoco el Tribunal Constitucional. La Constitución ha de ser cumplida por todos los poderes públicos, incluido el legislador (y, por supuesto, el Tribunal Constitucional) ya que ninguno de ellos es soberano, y por ello se encuentran limitados formal y materialmente por las reglas y principios que la Constitución establece. En consecuencia, no creo que pueda hablarse de constitucionalismo «militante» ni de constitucionalismo «distanciado», sino simplemente de «constitucionalismo», esto es, de defender que la Constitución impone límites formales y materiales a los poderes del Estado que ninguno de ellos puede traspasar.

La confusión intelectual en que quizás descansa la distinción que se está examinando, no siendo igual, podría ser próxima a la que subyace en la tan difundida pretensión de «desjudicializar» la política, algo plausible si se entiende como la potenciación de la capacidad de diálogo y de transacción en la actividad política y el reforzamiento de los controles políticos (en especial el parlamentario) hoy tan débiles, para no tener que acudir, en última instancia, a los controles jurisdiccionales; pero inaceptable si se entiende como la inmunidad, frente al Derecho, de los políticos y de las decisiones de los órganos públicos. El Estado de Derecho no permite este último entendimiento.

Hechas estas observaciones iniciales procede ya entrar en los puntos concretos de la controversia.

3. El silencio de la Constitución sobre la amnistía. Las Cortes Generales como un poder constitucionalmente limitado

Para los partidarios de la constitucionalidad de la amnistía, el silencio de la Constitución acerca de ella avala precisamente su constitucionalidad, porque «el legislador puede hacerlo todo menos lo prohibido expresamente por la Constitución». A mi juicio (y al de la mayoría de los juristas que sobre este punto se han pronunciado) ese razonamiento no puede compartirse, ya que la Constitución no contiene sólo prohibiciones expresas (por ejemplo, entre muchas otras, respecto la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en el art. 9.3; de la tortura, las penas y tratos inhumanos o degradantes, o la pena de muerte, en el art. 15; de la ampliación del periodo máximo de detención preventiva, en el art. 17.2; de la censura de publicaciones, en el art. 20.2; del mandato imperativo de diputados o senadores, en el art. 67.2). También, y necesariamente, contiene prohibiciones implícitas en cuanto que el establecimiento, con carácter obligatorio, de reglas y principios inequívocos (entre otros, el Estado de Derecho, la independencia y exclusividad de la función judicial, la igualdad en la ley y ante la ley de todos los ciudadanos, la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y podrían ponerse muchos más ejemplos) implica la prohibición de vulnerarlos.

Es cierto que el Estado de Derecho es un principio jurídico, pero ello no conduce a entender que, como tal principio, al no ser «una regla perentoria [...] su alcance pueda ser limitado para garantizar fines constitucionalmente significativos en el marco del test de proporcionalidad»[7]. Esta idea (que otros juristas también predican respecto de los derechos fundamentales relativizando su contenido esencial hasta el extremo de que queda enteramente subsumido en el principio de proporcionalidad) nunca la he compartido, en primer lugar por una razón de carácter general, la de que, en la democracia constitucional, los fines, por muy legítimos que fueran, no pueden justificar cualesquiera medios para alcanzarlos, salvo que se entendiese que el principio de proporcionalidad es una especie de puerta abierta para desmontar las prescripciones inequívocas de la Constitución. En segundo lugar, por una razón de carácter particular: el Estado de Derecho es un principio, pero, como principio estructural, se integra también por determinadas reglas constitucionales especificas (igualdad de derechos y reserva de jurisdicción, entre otras más atrás aludidas), y tales reglas tienen un significado esencial o propio que no puede ser desvirtuado mediante la apelación al «mar menor», esto es, a un fin

[7] Paz-Ares, C., *op. cit*, pp. 21-22.

cuya consecución se persiga a costa de la vulneración de aquellas reglas que la Constitución inequívocamente ha establecido.

No hace falta mucho más para desvirtuar aquella hipótesis de que el legislador puede hacerlo todo menos lo prohibido «expresamente» por la Constitución. Es claro que la Constitución no prohíbe expresamente la esclavitud, tampoco el robo, la calumnia o la injuria, por poner algunos ejemplos, que hay más, pero es obvio que esos actos los prohíbe por contrarios a los derechos a la libertad personal (art. 17.1), la propiedad privada (art. 33.1) o el honor (art. 18.1).

El silencio de nuestra Constitución sobre la amnistía no determina, pues, que esté permitida. Al contrario, como excepción que es a los principios de Estado de Derecho, y en particular a la exclusividad de la función jurisdiccional, a la seguridad jurídica y a la igualdad de todos los españoles ante la ley, la amnistía tendría que estar prevista expresamente en la propia Constitución, pues en Derecho, toda excepción a una regla general ha de ser expresa. No es preciso extenderse acerca del significado de aquellos principios, por ser suficientemente conocido, aunque no está de más subrayar que el de exclusividad de la función jurisdiccional, al que cabría llamar «reserva de jurisdicción», implica que sólo los órganos judiciales pueden individualizar en los casos concretos la aplicación general de las leyes, y en especial de las leyes penales[8], de manera que esa potestad no corresponde al legislador y, por ello, ni caben que éste tipifique «delitos de autor» ni, por lo mismo, amnistías «de autor»[9]. Más todavía, y aunque la interpretación de la Constitución según la voluntad constituyente no sea la más determinante, ya que lo es la interpretación «objetiva» y sistemática antes aludida, no puede silenciarse que las Cortes constituyentes rechazaron dos enmiendas que pretendían incluir la amnistía.

Por otra parte, si, como algunos entienden, la amnistía forma parte del derecho de gracia atribuido al Rey por el artículo 62.i) CE, ello difícilmente podría servir de apoyo a la constitucionalidad de la amnistía, en cuanto que, al prohibirse allí que la ley pueda autorizar indultos generales, con mayor motivo tendría que admitirse que no puede otorgar amnistías. Que la amnistía y el indulto sean instituciones distintas no vale para quebrantar ese argumento, puesto que esa distinción descansa en una razón de cantidad

[8] Téngase en cuenta que esa reserva de jurisdicción, aunque relativa en asuntos de Derecho privado, en los que cabe acudir al arbitraje como «equivalente jurisdiccional», es absoluta en asuntos de Derecho público, y muy en particular, de Derecho penal.

[9] Cosa distinta es que la amnistía fuera la consecuencia de una derogación de tipos penales (realizada por la propia ley de amnistía o conectada con una ley previa) que se consideren injustos o simplemente improcedentes (que es, como se verá después, lo que sucede en Alemania), con los correspondientes efectos retroactivos favorables. En ese supuesto, que en España no sería técnicamente una amnistía, y que ya, por cierto, se ha producido mediante decisiones del legislador, no habría unos beneficiarios «particulares», o «individualizados» sino una afectación «general y abstracta». Lo que abunda en el rechazo constitucional de una amnistía que, como sucede en España, declare «inmunes» a determinadas personas respecto de la comisión de delitos (o de otras infracciones) que, no obstante, continúan vigentes en el ordenamiento jurídico.

más que de cualidad, esto es, en que, a diferencia de los indultos (que sólo revisan una pena impuesta), la amnistía tiene unos efectos mucho más amplios e incisivos (extingue por completo la responsabilidad penal). Si el legislador tiene prohibido lo «menos» (los menores efectos de un indulto general) no puede aceptarse que no tenga prohibido lo «más» (los mayores efectos de una amnistía). Ese argumento, importante, y que no cabe desdeñar con la ligereza que algunos lo han hecho, necesita, no obstante, de una más amplia explicación, o quizás de un replanteamiento anclado en el ámbito del «derecho de gracia» del artículo 62.i) CE.

De una correcta interpretación constitucional se deriva que el «derecho de gracia» allí previsto (y que proviene de la antigua «gracia» del monarca absoluto) es hoy, en España, una potestad del poder ejecutivo, titular efectivo de ella, aunque formalmente se requiera de la intervención regia, obligada. Por ello, el «derecho de gracia», como acto de «ejecución» y no de «legislación», únicamente comprende el indulto y no puede albergar la amnistía. Más aún, la prohibición de los indultos generales establecida en el último inciso del artículo 62.i) no está referida al poder ejecutivo, sino al legislador, como más atrás ya se apuntó. Cabría sostener, pues, como también antes se dijo, que, si la ley no puede autorizar indultos generales, con mayor motivo no puede autorizar amnistías.

De todos modos, lo que es claro es que potestad de otorgar una amnistía, en cuanto que es una medida que suspende para determinadas personas su sometimiento a las leyes (y especialmente al Código Penal, declarándoselas inmunes respecto de la realización de actos que estuvieron y siguen estando tipificados como delitos), es materia que ha de estar reservada a la decisión del poder legislativo. Así es, sin excepción, en casi la totalidad de las democracias constitucionales. Y ya se vio antes que, en España, cabe razonablemente entender que el legislador, sin autorización constitucional expresa, no puede adoptar esa medida, como, añado, tampoco cabría entender que, sin estar previstos expresamente en la Constitución, como lo están, pudiesen dictarse indultos particulares, en cuanto que suponen una suspensión, para casos determinados, de la exclusiva potestad jurisdiccional para juzgar y por ello para imponer penas (art. 117.3 CE) y de la obligación constitucional del necesario cumplimiento de las mismas (art. 118 CE).

No puedo dejar de aludir a un «sorprendente» argumento, utilizado por alguno de los autores que defienden la constitucionalidad de la amnistía en abstracto: el que se sustenta en que «el hecho mismo de que el artículo 87.3 CE prohíba la tramitación de una ley de amnistía por iniciativa popular debería en efecto entenderse como reconocimiento o confirmación de que permite sustanciarla por el procedimiento ordinario, a instancias del Gobierno o de las propias Cortes»[10]. La inexactitud de lo que ahí se dice es patente, así como la contradicción en que se incurre, puesto que esa prohibición del artículo 87.3 CE no está referida literalmente a la «amnistía», sino exactamente a «lo

[10] Así, literalmente, Paz-Ares, C., *op. cit.*, p. 36.

relativo a la prerrogativa de gracia» [del art. 62.i) CE], esto es, al indulto (en este caso a su regulación legal) dado que cabe sostener, razonablemente, que dicha prerrogativa de gracia no comprende la amnistía, sino únicamente el indulto, como el mismo autor, por cierto, sostiene.

No está de más, para cerrar este punto, advertir sobre un repetido error que difunden reiteradamente determinados políticos e incluso autoridades públicas, al decir que en las Cortes Generales «reside» la soberanía nacional. La Constitución es clara: la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE). Las Cortes (sus dos Cámaras) sólo «representan» al pueblo español (art. 66.1 CE) pero no pueden «sustituirle» en su potestad, exclusiva y excluyente, de expresar la voluntad de la nación soberana (art. 1.2 CE). Por ello, en España y en cualquier otra democracia constitucional, el parlamento no es soberano, puesto que, si así fuera, la Constitución desaparecería como norma jurídica suprema. Incluso en el Reino Unido, regido por una Constitución antigua y no moderna, donde de modo tradicional se había venido sosteniendo que el parlamento es soberano, hoy ya se están controlando jurisdiccionalmente determinadas decisiones parlamentarias.

Alguna cita, descontextualizada y leída con ligereza, de la jurisprudencia constitucional, así la de la STC 35/1982, en la que se dice que «no hay materia alguna en la que, estando la legislación atribuida al Estado, no pueda ser regulada por el legislador» [que es] un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución)», que algún autor toma como confirmación de su tesis de que la ausencia de una prohibición constitucional expresa supone una ausencia de limitación constitucional, no prueba, en modo alguno, la capacidad «cuasi» ilimitada del poder legislativo. Tampoco otra cita jurisprudencial, en este caso de la STC 76/1983, igualmente aducida como confirmatoria de que el legislador es «cuasi» omnipotente, resulta válida para confirmar dicha tesis. En esta STC se dirá que «[n]o cabe duda [...] [en] que las Cortes Generales, como titulares "de la potestad legislativa del Estado" (art. 66.2 de la Constitución) pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello [...] [aunque] esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución».

Y no resultan válidas a estos efectos, de un lado, porque la primera cita se refiere únicamente al simple ámbito material de las leyes, que en las materias de competencia estatal no está limitado, como es obvio, pero ello no significa que el contenido (no el ámbito) de esas leyes quede en manos de la absoluta libertad del legislador (la misma cita se cuida de advertir que tal libertad del legislador sólo es lícita si está «dentro de la Constitución»). De otro lado, porque la segunda cita lo único que viene a expresar es el principio de competencia universal del legislador estatal, que no puede quedar reducido a los títulos específicos que tenga constitucionalmente atribuidos, ya que sus competencias, a diferencia de las de las Comunidades Autónomas no son de estricta atribución (aunque, como es obvio, estén limitadas por las estrictamente atribuidas a esas Comu-

nidades), aunque la propia STC también se cuida bien de advertir que esa capacidad del legislador estatal está limitada por la propia Constitución. Y, por último, porque la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de afirmar, reiteradamente, hasta ahora, que las prescripciones legales sólo son lícitas si no vulneran los principios y reglas constitucionales.

Cosa distinta es que, como el Tribunal Constitucional ha mantenido desde siempre, el legislador posea una amplia libertad de configuración, porque la ley no es ejecución de la Constitución, a diferencia del reglamento, que sí es ejecución de la ley. Ahora bien, esa capacidad de apertura, para garantizar el pluralismo político, no significa, en modo alguno, que el legislador pueda quebrantar los principios y reglas constitucionales que limitan, necesariamente, el pluralismo político y la capacidad de acción de las mayorías parlamentarias. Hoy no puede decirse en serio, como ha dicho, quizás inadvertidamente, algún autor, que el legislador, en España, plasma en su labor la «voluntad general rousseauniana», idea que, como es sabido, no es la propia de una democracia constitucional, sino de un despotismo de la mayoría. Todo esto es tan claro que quizás ni siquiera hubiera merecido la pena explicarlo, si no fuera porque vivimos en tiempos de un cierto «confusionismo» constitucional.

Por último, y a partir de la incompetencia del legislador para decidir una amnistía no prevista en la Constitución, cabe plantearse que, además, la opción tomada de hacerlo por ley orgánica podría ser criticable, dado el carácter restrictivo que, según la jurisprudencia constitucional, ha de darse a la reserva material expresada por la CE para dicho tipo de leyes. En tal sentido, la previsión del artículo 81.1 CE, «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», difícilmente encaja con la naturaleza y objeto de una amnistía.

Dicho todo lo anterior, es cierto que algunos detractores de la amnistía, aunque admiten su constitucionalidad en abstracto (y al examen crítico de esa postura se han dedicado las observaciones anteriores), entienden que, sin embargo, esta concreta Ley de Amnistía sí es inconstitucional por incurrir en arbitrariedad. Sobre ello se tratará en la última parte de este trabajo referida a los fines proclamados por la Ley de Amnistía.

No obstante, y como no está conectado exactamente al vicio de arbitrariedad, conviene en este momento disipar un equívoco que, a mi juicio, se ha producido en algún autor al tratar de la amnistía, y que consiste en criticarla jurídicamente por la única razón de que no fue objeto de debate electoral en los comicios de 23 de julio de 2023 puesto que ni el Gobierno ni el partido socialista, que después la impulsaron, la incluyeron en su programa, que partía, precisamente, de un constatado rechazo anterior respecto de tal posibilidad. Creo que esa reflexión es procedente como crítica política, pero no puede transmutarse en una crítica jurídica, ya que, aun si hubiera sido objeto de ese debate ciudadano, lo que no sucedió, ello no serviría como argumento para sustentar la validez de la amnistía. Nuestra democracia constitucional no es sólo procedi-

mental, sino también material, de manera que, aunque la amnistía hubiera sido objeto del debate electoral y, en consecuencia, sobre ella se hubieran pronunciado los ciudadanos al emitir sus votos, eso, por sí solo, no apoderaría al legislador para dictarla si al hacerlo quebranta reglas y principios constitucionales de carácter estructural o sustantivo.

4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Otro de los argumentos esgrimidos por los defensores de la constitucionalidad de la amnistía reside en que, según ellos, la jurisprudencia constitucional la avala. Ese razonamiento es difícil de compartir, puesto que las SSTC a las que se acude no resultan, creo, de aplicación a una ley de amnistía dictada después de la Constitución acerca de un Derecho también emanado con posterioridad a la misma. Ni el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esa hipótesis ni ha habido, por lo demás, ninguna ley de amnistía postconstitucional[11].

Precisamente STC 147/1986 dictada sobre la Ley 1/1984 (que tenía por objeto extender los efectos de la preconstitucional Ley de Amnistía de 1977) dejará claro que dicha Ley de 1984 «no tiene sentido autónomo, sino que puntualiza algunos aspectos discutidos del régimen jurídico de la Ley de 1977» [...] «No se trata, pues, de una nueva amnistía, sino de nuevos aspectos añadidos al régimen jurídico de la única existente» (FJ 2). Y en cuanto que esa Ley sí atribuye, en un momento postconstitucional, nuevos efectos a la Ley de 1977, los declarará inconstitucionales por contravenir el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE. Tampoco fue, sin duda alguna, una nueva ley de amnistía la 37/1984, que excluía de determinados derechos y beneficios a militares profesionales del ejército republicano y que la STC 116/1987 estimó que estaban incursos en una inconstitucionalidad parcial. Como tampoco se refería para nada a la constitucionalidad de la amnistía la STC 81/2022, relativa al Convenio de Estrasburgo sobre traslado de un Estado a otro de personas condenadas, ya que lo único que viene a decir

[11] No pueden calificarse como «amnistías» las mal llamadas «amnistías tributarias o fiscales», de las que ha habido varias desde la entrada en vigor de la Constitución. Como bien han dicho reputados expertos en Derecho Tributario, esos supuestos no son propiamente amnistías, sino «declaraciones tributarias especiales», que, para reparar posibles fraudes, establecen una vía que permita la recuperación por la Hacienda pública (incluso con recargos) de los ingresos que en su día no fueron declarados por el contribuyente ni obtenidos, en consecuencia, por Hacienda. Se trató, pues, de un procedimiento de «regularización fiscal», que no supuso ni perdón ni exoneración de la deuda tributaria. La propia STC 73/2017, así les llama («declaraciones tributarias especiales») y, por cierto, la inconstitucionalidad que allí imputó a ese tipo de supuesto entonces juzgado, la basó el Tribunal exclusivamente en la razón de que esa medida se adoptó por Decreto-ley, norma inválida para regular una materia como ésta que, según el artículo 86.1 CE, ha de estar excluida de la legislación de urgencia. Por ello, a mi juicio, no puede servir esta STC como apoyo o negación acerca de la constitucionalidad de las amnistías postconstitucionales.

es que el artículo 12 de ese Convenio permite a las partes «conceder el indulto, la amnistía o la conmutación de la pena de conformidad con su Constitución».

En consecuencia, no cabe extraer de esas SSTC, como algunos opinan, doctrina del Tribunal Constitucional acerca de si es posible o no dictar una amnistía después de la Constitución. Y lo mismo puede decirse de otras SSTC, como las 28/1982 y 63/1983, a propósito de algunas expresiones descontextualizadas que contienen. Respecto de la primera, porque en ella ni siquiera se trató de examinar la Ley de Amnistía de 1977, sino Decretos de 1936 y 1977 que el Tribunal consideró que no podía tener en cuenta porque nunca podrían utilizarse «para volver a la vida normas que nunca existieron como tales para el ordenamiento que en el que la lex superior viene a superponerse» (FJ 2). Y respecto de la segunda, que sí se pronuncia sobre la Ley de Amnistía de 1977, lo que viene, claramente, es a considerarla como una media excepcional que respondió, en ese momento histórico, a «una razón de justicia, como exigencia derivada de la negación de las consecuencias derivada de un derecho anterior» [...] «cuya corrección se hizo indispensable» (FJ 2).

En definitiva, me parece que de aquella jurisprudencia no cabe deducir de manera inequívoca, como algunos pretenden, el aval para una amnistía que se dictase después de la entrada en vigor de la Constitución y relativa a la aplicación del Derecho postconstitucional.

Dicho ello, sí quiero tratar, separadamente, de un argumento también empleado para defender la constitucionalidad de actual Ley de Amnistía, que consiste en que el hecho de que el Tribunal Constitucional no haya declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía de 1977 confirma la constitucionalidad de la actual Ley de Amnistía.

Ese argumento me parece incorrecto, primero, porque el Tribunal, en los casos en que hubo de pronunciarse sobre aquella amnistía, dejó muy claras dos cosas: a) que la Constitución no tiene efectos retroactivos, de manera que no podía considerar inválida, de acuerdo con la Constitución vigente, aquella Ley adoptada cuando aún la Constitución no existía, y b) que aquella Ley de Amnistía se dictó para poner fin a las trágicas consecuencias de la guerra civil que aún perduraban, y por ello a remediar la aplicación, entonces, de un Derecho injusto. Y segundo, porque difícilmente podría apreciar el Tribunal la inconstitucionalidad sobrevenida y declarar derogada aquella Ley privándola de los efectos que aún pudiera tener, en la medida en que su fin, entonces (la reconciliación nacional y el establecimiento de la democracia), vendría a allanar el camino que nos conduciría después al establecimiento de la Constitución.

En consecuencia, no creo que pueda sostenerse que el Tribunal, al no declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la amnistía de 1977 y por ello su derogación, avalara la posibilidad de una amnistía que se pudiese acordar, de acuerdo con la Constitución, a partir de 1978 y relativa a la exoneración del incumplimiento de la legislación constitucional y democrática producida desde entonces.

Por lo demás, otro de los argumentos utilizados, el de que la aprobación por el legislador de 1977 de la Ley de Amnistía de aquel año, que fue el mismo legislador que, como constituyente, después debatiría y aprobaría la Constitución de 1978, pone de manifiesto que «tenía que ser consciente» de que la no inclusión de la amnistía en la Constitución no significaba la prohibición constitucional de la misma, es un argumento, basado en presunciones subjetivas, que, como tal, carece, jurídicamente, de entidad. Aquella Ley de Amnistía, cuando aún no existía Constitución, se dictó en unas circunstancias institucionales extraordinarias y en atención a unos fines históricos que la hicieron absolutamente singular. Ese antecedente no puede tomarse como prueba de que el posterior silencio de la Constitución sobre la amnistía significase su «tácita» autorización.

5. Los ejemplos que facilita el Derecho Comparado. El dictamen de la Comisión de Venecia sobre los requisitos que, en abstracto, el Estado de Derecho exige a las amnistías. Un apunte sobre nuestro constitucionalismo histórico

Como recuerda el dictamen de la Comisión de Venecia de 18 de marzo pasado acerca de la proposición de ley de amnistía que se estaba tramitando en las Cortes Generales, en la mayor parte de los Estados miembros del Consejo de Europa la amnistía está autorizada expresamente por la Constitución, en algunos casos exigiéndose mayorías parlamentarias muy cualificadas para acordarla o incluso excluyendo de la amnistía sólo determinados delitos.

No obstante, también constata el dictamen que en una minoría de Estados miembros la amnistía no está prevista en la Constitución, pero ha sido acordada por el legislador, aunque a veces con exigencia de mayorías cualificadas y con algunos límites materiales respecto del ámbito penal al que la amnistía puede extenderse.

En todo caso, la Comisión de Venecia advierte que la amnistía, en un Estado de Derecho, es, y ha de ser, generalmente, una competencia del legislador y no del gobierno, a diferencia del indulto.

También la Comisión de Venecia señala que no es su cometido analizar al proyecto de ley de amnistía a la luz de la Constitución española (que ello, dirá, es cometido del Tribunal Constitucional y de los «expertos constitucionalistas españoles»). Tampoco hará ese análisis a la luz del Derecho de la Unión Europea (que ello, dirá, compete al Tribunal de Justicia de la Unión). Sólo estudiará el asunto respecto del cumplimiento de los requisitos que, en abstracto, el Estado de Derecho exige a las amnistías. Lo que no significa, insistirá, que en determinados ordenamientos constitucionales se impon-

gan otros requisitos complementarios. Ello corresponde a la autonomía constitucional de cada uno de los Estados miembros del Consejo.

Pues bien, ateniéndose únicamente a los estándares generales y abstractos que el Estado de Derecho debe cumplir respecto de las amnistías, el dictamen de la Comisión da cuenta de unos datos muy relevantes: «que la proposición de ley ha provocado feroces críticas en España y fuera de ella», que «numerosas instituciones han rechazado la proposición de ley por considerarla un ataque a la independencia del poder judicial y a la igualdad ante la ley, incluido el Consejo General del Poder Judicial (que advirtió, aunque antes de que se presentara la proposición de ley, que la amnistía propuesta "implica la degradación, si no la abolición del Estado de Derecho en España"), el Tribunal Supremo, los Colegios de Fiscales, el Consejo General de la Abogacía Española y la Asociación de Diplomáticos Españoles». También que «se han celebrado manifestaciones públicas masivas contra esa propuesta de amnistía» y que, de acuerdo con las encuestas, «el 70 por ciento de los ciudadanos encuestados dijeron que estaban en contra de una ley de amnistía, frente al 26 por ciento que dijeron estar a favor de la amnistía».

Constatado ello, el dictamen contiene determinadas observaciones de relieve acerca de la proposición de ley (se destacan las más importantes):

a) «En lo que respecta a la conformidad de la ley de amnistía con la Constitución de España, la delegación de la Comisión ha escuchado con gran interés los argumentos presentados por expertos constitucionalistas españoles de opiniones contrarias. Sin embargo, no corresponde a la Comisión de Venecia pronunciarse sobre la cuestión de constitucionalidad. Esta cuestión debe ser abordada, teniendo en cuenta esos argumentos, primero por el Parlamento español, posteriormente por los jueces ordinarios y, en última instancia, por el Tribunal Constitucional español. Sin embargo, la Comisión considera que la viva controversia que ha suscitado este asunto sugiere que sería preferible, llegado el momento, regular este asunto explícitamente mediante una enmienda constitucional».
b) «La Comisión observa que el ámbito material y temporal de aplicación de la amnistía propuesta es «muy amplio e indeterminado» y «que contiene» «cláusulas abiertas o expresiones» que «aumentan la vaguedad». Por ello la Comisión «recomienda acotar y definir de manera más precisa el alcance material y temporal de la aplicación de la amnistía, de manera que los efectos de la ley sean más previsibles».
c) «En cuanto al objetivo legítimo, la Comisión es consciente de las críticas [referidas a que] la proposición de ley era parte de un acuerdo político para lograr la mayoría que apoyara al Gobierno. La normalización institucional, política y social de Cataluña es, sin embargo, un objetivo legítimo y no corresponde a la

Comisión evaluar la proporcionalidad de la proposición de ley de amnistía en relación con los objetivos proclamados. El Parlamento español, a la hora de decidir si, con qué contenido y por qué mayoría aprobar la proposición de ley de amnistía, tendrá que abordar la cuestión de si se puede lograr la normalización de Cataluña a pesar de que la proposición de ley ha aumentado la profunda y virulenta división en la clase política, en las instituciones, en el poder judicial, en la academia y, sobre todo, en la sociedad de España».

d) En cuanto a la inclusión de los delitos de terrorismo en la amnistía, «la Comisión de Venecia reitera que, «las amnistías sólo son compatibles con las normas internacionales si las violaciones graves de los derechos humanos quedan excluidas de su ámbito de aplicación».
e) «Por último, la Comisión de Venecia observa que la proposición de ley de amnistía se presentó en forma de propuesta legislativa, es decir, un procedimiento sin consulta al público, a las partes interesadas y a otras instituciones estatales, y siguió un procedimiento de urgencia. Sin embargo, la proposición de ley de amnistía ha aumentado una división profunda y virulenta en la clase política, en las instituciones, en el poder judicial, en el mundo académico y en la sociedad de España. La Comisión anima a todas las autoridades y fuerzas políticas españolas a que se tomen el tiempo necesario para entablar un diálogo significativo, en un espíritu de cooperación leal entre instituciones estatales, así como entre la mayoría y la oposición, con el fin de lograr la reconciliación social y política, y a considerar la posibilidad de explorar procedimientos de justicia restaurativa».
f) «A la luz de sus consideraciones sobre la conveniencia de una mayoría cualificada suficientemente amplia para la aprobación de amnistías, la Comisión de Venecia recomienda a las autoridades españolas, aunque la Constitución no lo prevea, intentar alcanzar una mayoría cualificada superior a la mayoría absoluta de los miembros del Congreso necesaria para la adopción de una ley orgánica».

Como se ve, el dictamen de la Comisión de Venecia, que contiene determinadas críticas acerca de la proposición de ley y que, por ello, aconseja la introducción de determinadas reformas, materiales y de procedimiento, para que cumpla con los estándares generales del Estado de Derecho, no supone, en modo alguno (puesto que excedería de su competencia) ni un aval a la constitucionalidad de la ley de amnistía, ni tampoco a su adecuación al Derecho de la Unión Europea. Lo primero lo deja en manos de los jueces españoles, incluido el Tribunal Constitucional; lo segundo lo deja en mano del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Incluso, dada la necesidad de alto consenso político que, según el Consejo de Venecia, una amnistía, en un Estado de Derecho, requiere, y puesto que la amnistía no está revista en la Constitución española, el propio

Consejo alude a la conveniencia introducir la amnistía en España mediante una reforma constitucional.

Esto es, resumidamente, lo que dice el dictamen. Pero resulta necesario también extraer alguna conclusión acerca de los datos de Derecho Comparado que el dictamen proporciona, ya que es claro que el ejemplo de que haya países que han dictado amnistías sin preverlo sus respectivas constituciones no puede ser empleado como argumento a favor de la constitucionalidad de la amnistía en España pese a que la Constitución no la autoriza. El dato de que en la mayoría de los ordenamientos examinados la amnistía sí esté prevista en la Constitución camina más bien en dirección contraria: la de que es preferible la solución de que una ley de amnistía esté autorizada por la Norma Fundamental del Estado.

De todos modos, lo relevante a efectos jurídicos, no es lo que de ese examen del Derecho comparado pueda extraerse, ya que la solución que habrá de darse en relación con la validez de la Ley de Amnistía no puede ampararse en utilizar como canon de control el Derecho Comparado, y menos aún un Derecho Comparado heterogéneo, sino la Constitución española y el Derecho de la Unión Europea, únicos parámetros pertinentes para resolver, en España, ese problema. El Derecho Comparado puede servir, quizás, de medio auxiliar (algunos le han denominado «quinto» criterio de interpretación) para iluminar un problema jurídico de dudosa resolución en el ámbito del Derecho interno, no para sobreponerse a lo que razonablemente de este Derecho quepa deducir.

Por cierto, aunque no sea determinante, conviene que la apelación al Derecho Comparado se haga siempre de manera rigurosa. Así, por ejemplo, no puede utilizarse, como argumento a favor de la constitucionalidad de la amnistía en España pese a que no esté prevista en la Constitución, el caso de que en Alemania se dicten amnistías, aunque la Constitución no las prevea, cuando resulta que la amnistía, en Alemania, tiene unos condicionantes que ni pueden obviarse ni pueden trasladarse a la amnistía que ahora en España se acaba de dictar. Según el Tribunal Constitucional Federal (TCF), desde la Sentencia de 22 de abril de 1953, la concepción de la amnistía «no se percibe como una expresión de misericordia que va más allá de la ley, sino como una corrección de la propia ley». En la Sentencia del TCF de 15 de diciembre de 1959 se diría, además, que una amnistía no sería contraria a la Constitución si su redacción es abstracta y de aplicación general, siendo, por el contrario, inconstitucional si sólo favorece a un grupo de personas, ya que, entonces, se vulneraría el principio de igualdad, como también se vulneraria dicho principio si la amnistía incurre en arbitrariedad. En la Sentencia del TCF de 19 de julio de 1968 se declara constitucional la amnistía porque es producto de disposiciones legales derogadas y modificadas, de manera que la amnistía es consecuencia de un nuevo orden general penal. En la Sentencia del TCF de 20 de mayo de 1970 la amnistía es constitucional porque está asociada (como en el caso de la

Sentencia anterior que acaba de citarse) a una reforma penal más benévola. La idea general es la de que, en Alemania, con la amnistía, allí llamada, más correctamente, ley de impunidad, lo que se trata de es remediar la aplicación de un Derecho que el propio legislador considera (al dictar la amnistía) «injusto» o «inapropiado».

Cuando, como en el caso de Italia, la amnistía sí que puede tener los efectos de declarar «inmunes» a personas determinadas o grupos de personas por sus actos delictivos (aunque el delito continúe después vigente), la afectación de las reglas y principios constitucionales propios del Estado de Derecho se ha considerado tan intensa que no sólo ha necesitado de una expresa previsión constitucional, con de la exigencia, para la aprobación parlamentaria de la amnistía, de la misma mayoría cualificada que para la reforma constitucional, dos tercios en cada una de las dos Cámara, sino además (según la doctrina del Tribunal Constitucional italiano) de una correcta adecuación entre medios y fines regida por la proporcionalidad, que puede ser controlada por ese mismo Tribunal.

Y es que, en realidad, la amnistía, en situaciones de normalidad constitucional, y al margen de su utilización en situaciones de cambio radical de regímenes políticos, no está destinada a remediar las consecuencias de un Derecho anterior que se deroga por injusto o inapropiado (de ahí la inconveniencia de trasladar a nuestro ordenamiento al caso de la amnistía en Alemania), sino a declarar la impunidad de conductas que se realizaron durante la vigencia de un Derecho que se tiene por justo y apropiado y que, por ello continúa subsistiendo.

De ahí que la amnistía deba ser concebida, desde el punto de vista general, como una «excepción» a las reglas constitucionales derivadas del Estado de Derecho y, por ello, a mi juicio, como tal excepción, debe de estar autorizada, expresamente, por la Constitución misma, sin que, además, cumplida esa condición, pueda legitimarse, desde el punto de vista concreto, sólo por motivos de mera oportunidad política, si no va acompañada además de una correcta adecuación entre medios y fines que evite su arbitrariedad. Por ello, esa razón de «justa correspondencia», añadida a la exigible autorización constitucional, no puede desecharse con la ligereza con que algún autor español lo ha hecho.

Es cierto que en España el delito de sedición ya fue derogado y que también el delito de malversación de caudales públicos ha sido rebajado legislativamente (derogación y modificación que pudieran ser incluso criticables por infracción del principio de prohibición de defecto de incriminación), pero esa exoneración por la aplicación necesariamente retroactiva de la ley penal más favorable no cabe trasladarla a la Ley de Amnistía, dado que los delitos (y otras infracciones) por los que ahora, con la amnistía, se declara inmunes a determinadas personas, no sólo continúan vigentes, sino que sobrepasan el ámbito material afectado por aquella legislación derogadora o modificadora. No ha existido, pues, para esta concreta amnistía, «una razón de justicia» (como en las

amnistías alemanas o en la nuestra de 1977) basada en un Derecho anterior que ahora se estima injusto o inapropiado y que, por ello, se exime de su cumplimiento, sino una auténtica suspensión, para personas determinadas, de las reglas propias del Estado de Derecho (entre ellas el igual sometimiento de los ciudadanos a la ley), aparte de que, en todo caso (aunque se acepte, a mi juicio, incorrectamente, que tal suspensión no se da) tampoco cabría apreciar en esta amnistía concreta una «justa ponderación» entre medios y fines que permitiera convalidar «inmunidad» o «impunidad» que esta amnistía declara, que es de lo que se tratará más adelante al analizar los fines que la Ley de Amnistía pretende.

En definitiva, los dos ejemplos de Constituciones más próximas a la nuestra, porque son las que más influyeron en su redacción, las de Alemania e Italia, no sirven, precisamente, de argumento a favor de la constitucionalidad en España de la Ley de Amnistía.

Tampoco parece correcto citar, aunque sí lo ha hecho algún autor, como argumento de autoridad para apoyar la constitucionalidad de la actual Ley de Amnistía española, la opinión del relevante constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, ya que la reflexión de ese autor, en su valoración positiva de la institución de la amnistía, se apoya, implícita y a veces explícitamente, en el hecho de que en Italia está constitucionalmente autorizada.

Por último, uno de los argumentos esgrimidos por los defensores de la constitucionalidad en España de la amnistía en abstracto es la apelación a nuestro constitucionalismo histórico, y en especial a la Constitución de 1876 dado que ésta no previó expresamente la amnistía, pero, no obstante, bajo su vigencia se aprobaron un buen número de ellas. El argumento carece, jurídicamente, de peso, en primer lugar, porque aquella Constitución (como todas las anteriores del siglo XIX, con la única excepción, relativa, de la de 1869) ni fue democrática ni, por lo que aquí importa, normativa (carecía de la condición de supralegalidad y no era, por ello, límite jurídico al poder del legislador), de manera que no cabe su comparación con la vigente de 1978. Y, en segundo lugar, porque otras Constituciones españolas del siglo XIX (la de 1845 y la de 1869 sí previeron la amnistía de forma expresa, y la única Constitución auténticamente normativa del siglo XX, anterior a la de 1978, la de 1931, así también lo hizo. La historia de nuestro constitucionalismo lo que viene a probar, en consecuencia, es que, de las Constituciones liberales del siglo XIX, unas previeron la amnistía y otras no; que la única Constitución democrática de ese siglo, la de 1869, sí la previó; y que también lo hizo la única Constitución democrática del siglo XX anterior a la vigente de 1978, la de 1931. De manera que, de ese recorrido histórico, cabe deducir que en el constitucionalismo español estaba claro que, en los casos de nuestras Constituciones democrático-normativas, la amnistía sólo era posible porque constitucionalmente estaba prevista.

6. La finalidad proclamada por la Ley de Amnistía y, en relación con ella, su posible inconstitucionalidad por incurrir en arbitrariedad

Al margen de que se entienda o no que la Constitución permite la institución de la amnistía, lo cierto es que la inmensa mayoría de las posiciones en liza se decantan por estimar que la Ley de Amnistía es inconstitucional por incurrir en arbitrariedad. Para unos, esa arbitrariedad se suma a los demás motivos de inconstitucionalidad derivados de que la Constitución no permite la amnistía; para otros, que defienden que la Constitución sí la permite, ese vicio de arbitrariedad es la única causa de la inconstitucionalidad de la Ley.

Es cierto que algún autor añade a la arbitrariedad un vicio de procedimiento, sosteniendo que, dada la naturaleza excepcional de la amnistía, ésta requiere de unas mayorías superiores a las que precisa una ley orgánica (procedimiento que la Ley de amnistía ha seguido). El problema de esta tesis radica en sus dificultades dogmáticas, puesto que en el ordenamiento español los acuerdos «de las Cámaras, para ser válidos, deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas» (art. 79.2 CE). La Constitución, especto de las leyes, sólo establece como mayoría especial la absoluta del Congreso para las leyes orgánicas y, únicamente para unas leyes específicas, las de armonización (art. 150.3 CE), la mayoría absoluta del Congreso y del Senado.

La apelación del artículo 79.2 a que las leyes orgánicas podrían prever mayorías especiales tropieza, en este caso, con el significado restrictivo de la reserva material de ley orgánica, que impide que pueda dictarse una ley orgánica en materia no prevista por la Constitución, esto es, con el único cometido de imponer que una ley de amnistía tenga que obtener, para su validez, una mayoría superior a las demás leyes orgánicas. La exigencia de un especial consenso puede ser aceptable como recomendación política (en ese sentido va, precisamente, el dictamen de la Comisión de Venecia), pero no como exigencia jurídica capaz influir en la validez de una ley de amnistía.

Es plausible sostener la conveniencia de que el Estado pueda tener a su disposición un instrumento como la amnistía para solucionar situaciones extremas de gravísimos enfrentamientos políticos o sociales (por ello la mayoría de las Constituciones las prevén), pero eso en el ordenamiento español tiene remedio: basta con reformar la Constitución para incluir la amnistía. Lo que incluso podría hacerse por el procedimiento del artículo 167 CE, donde, además, se cumpliría la exigencia de ese amplio consenso (mayoría de tres quintos en cada Cámara) que ahora, en esta amnistía, se echa en falta. De manera que, si se diese hipotéticamente aquella situación extrema de veraz, constable y grave enfrentamiento político o social, y hubiese tal consenso entre en los principales partidos acerca de que la amnistía podría servir como remedio, no debería haber problemas para realizar esa reforma constitucional (que, además, puede ser de rápida

tramitación), en la que incluso sería recomendable fijar unas mayorías parlamentarias especialmente cualificadas para las amnistías y un elenco de delitos excluidos de éstas. Aprobada la reforma, podría dictarse después, ya con amparo constitucional, la correspondiente ley de amnistía.

Esas, creo, son las reglas de juego, pues ningún constitucionalista celoso de su oficio puede admitir que un fin, aunque sea hipotéticamente lícito (al servicio de los intereses generales, no, claro está, de un interés particular) pueda alcanzarse por medios ilícitos. Sin el respeto por las formas, no puede existir el Derecho, ya que éste no cumpliría su necesaria función de otorgar seguridad jurídica. Como dijo muy bien Ihering, «en el Derecho, la forma es hermana gemela de la libertad y enemiga jurada de la arbitrariedad».

En nuestro caso, el de la Ley de Amnistía, la arbitrariedad de la misma resulta, sin duda, sin duda, fundada. No hace falta extenderse mucho sobre esto, pues que la amnistía ha sido la contraprestación a determinados votos necesarios para la investidura del presidente del Gobierno es un hecho notorio, como lo es también que los beneficiarios de la Ley de Amnistía y, asombrosamente, co-redactores de ella, incluso desde el extranjero, además de «aprobadores» de la misma, como así ha sido[12], han manifestado reiteradamente que, pese a la amnistía, no cejarán en sus propósitos de ahondar en la discordia y el enfrentamiento entre los ciudadanos de Cataluña y entre los del resto de España así como en continuar con su manifiesto desprecio a la Constitución y las instituciones del Estado.

De todos modos, aunque, pese a la notoriedad de que la amnistía ha sido exclusivamente un medio para lograr los votos parlamentarios que se necesitaban para gobernar, cupiera admitir que también pudiera ser un medio para lograr la «normalización política» en Cataluña, ello no salvaría la inconstitucionalidad de la misma, ya que en el Estado constitucional y democrático de Derecho, y no me importa repetirlo, el fin no justifica los medios, de tal manera que una supuesta finalidad legítima sólo es admisible si tal finalidad se corresponde con la realidad y si, además, se utilizan medios lícitos para alcanzarla, lo que, sin duda, ni lo uno ni lo otro han sucedido, y de ahí su patente arbitrariedad[13].

Más aún, si con la Ley de Amnistía se pretendía además (y así lo han proclamado sus impulsores) la «normalización institucional y la concordia entre los españoles», el hecho de la mayoritaria oposición a la misma por los ciudadanos españoles, de su rechazo por el Senado (que, con el Congreso, «representa al pueblo español») y de su aprobación por el Congreso, en un debate bronco y de extremado enfrentamiento político

[12] Ambas actuaciones permitirían incluso atribuir a esta amnistía el carácter, completamente reprochable, de «autoamnistía».

[13] Una de las críticas jurídicas más rigurosamente expresadas para sostener que la Ley de Amnistía, por su ausencia de «razonabilidad» y su consiguiente arbitrariedad, resulta inconstitucional, es la realizada en el libro, notable, de C. Paz-Ares ya citado.

entre dos bloques antagónicos (y similares en número de escaños), y en una votación que ha dividido a la Cámara prácticamente por la mitad, invalida, sin duda, esa pretensión. Por si faltaba poco, en la misma Cámara, inmediatamente después de aprobada la Ley de Amnistía, los beneficiarios y coautores de la misma han vuelto a manifestar que con ella «se pone fin al régimen de 1978», «se ha vencido al Estado opresor» y se ha dado el primer paso en el camino hacia la independencia de Cataluña, marcando una senda que los refuerza en su objetivo «irrenunciable» de celebrar un referéndum de autodeterminación.

En definitiva, aquella supuesta finalidad «normalizadora» y de «concordia» entre los catalanes y entre el resto de los españoles que, según sus promotores, iba a cumplir la amnistía, se ha demostrado irreal, sin que los resultados de las recientes elecciones catalanas y europeas lo desmientan.

Es cierto que en las elecciones catalanas los partidos independentistas han sufrido un retroceso electoral, pero también lo es que cabe constatar que el partido más radical en sus pretensiones secesionistas, Junts, ha aumentado su influencia, potenciada precisamente por haber tenido un claro protagonismo en la elaboración de la amnistía y ser el mayor beneficiario de la misma. La constitución de la Mesa del parlamento catalán no ha reflejado la supuestamente pretendida «normalización», dadas su composición, dominada por el independentismo, y sus primeras decisiones adoptadas en rebeldía a la doctrina del Tribunal Constitucional. Tampoco cabría decir en propiedad que el «constitucionalismo» haya resultado, sin duda alguna, vencedor en esas elecciones, habida cuenta de que el partido que obtuvo el mayor número de votos, el PSC, está teniendo[14] serias dificultades para gobernar en Cataluña, en vista de las exigencias claramente inconstitucionales que, para darle apoyo, han formulado los partidos independentistas.

Por lo que se refiere al resultado de las elecciones europeas, cuyo alto nivel de abstención no contradice, por sí solo, el mayoritario rechazo social que en el conjunto de España la amnistía ha suscitado, según encuestas fiables, lo que pone de manifiesto es que, respecto del derecho de voto ejercitado, éste refleja, al menos, un enfrentamiento, casi por mitad, entre los ciudadanos españoles partidarios y detractores de la amnistía, ya que, los partidos contrarios a la misma han obtenido el 49,10% de los votos emitidos por el cuerpo electoral. La amnistía, pues, no ha venido a «concordar», sino a «enfrentar».

Hacer, como proclamó el presidente del Gobierno, de la «necesidad», notoria, de la amnistía (obtener unos votos en el Congreso para mantenerse en el poder), «virtud» (lograr las ilusorias «normalización» y «concordia»), no parece que se haya correspondido con la realidad, como cabía presumir dadas las reiteradas declaraciones de los amnistiables contrarias a esa «concordia» y «normalización». De todos modos, aunque *ex post facto* eso (la «normalización y concordia») hubiera sucedido (lo que no parece haber

[14] En el momento en que se redacta el presente trabajo, 20 de junio de 2024.

ocurrido), ello tampoco serviría para convalidar la constitucionalidad de la amnistía, remediando su patente contradicción con nuestra Norma Fundamental y su condición arbitraria, arbitrariedad que, por su innegable entidad, la haría jurisdiccionalmente controlable aplicando no sólo el *test de* «razonabilidad», sino el de «proporcionalidad».

El Tribunal Constitucional ha sido muy cauteloso para apreciar la posibilidad de que una ley pueda ser arbitraria, pero, como es bien sabido, no lo ha desechado por completo para supuestos flagrantes. Y éste es, a mi juicio, uno de ellos.

La finalidad notoria de la amnistía (contraprestación a los apoyos necesarios para la investidura) y no su ilusoria pretensión «normalizadora» es, me parece, lo que también explica el procedimiento sumamente deteriorado que se ha seguido en la preparación de la propuesta de ley de amnistía (mediante una proposición de ley que incluso cabría calificar de fraudulenta por ser claramente una iniciativa del Gobierno que usa a su grupo parlamentario para eludir la prohibición de que un Gobierno en funciones pueda presentar proyectos de ley, con los necesarios informes y dictámenes que eso requiere), así como las irregularidades sufridas en la tramitación parlamentaria de esa proposición de ley, al menos en la fase del Congreso (utilización irrazonable de la urgencia, presentación de enmiendas negociadas fuera de la Cámara con los principales beneficiarios de la propia amnistía, devolución de un texto a la Comisión después de haber sido rechazado por el Pleno, etc.). Cuando el Derecho se tuerce, el Derecho acaba vengándose, que es lo que, muy probablemente, sucederá con esta Ley.

7. Conclusiones: el mayor peso de las razones de que sostienen la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía

Limitado este trabajo al examen del debate doctrinal sobre la constitucionalidad de la actual amnistía, y de manera previa a formular las conclusiones que, acerca de ese debate, me parecen pertinentes, debo aclarar algo que he venido sosteniendo más atrás y que, de modo conclusivo, me parece conveniente reiterar: que el presupuesto normativo que voy a tener en cuenta es, exclusivamente, el de nuestra Constitución vigente, por lo que no entraré en el problema de si, además, esta amnistía es conforme o no al Derecho de la Unión Europea (cuestión importante, pero que dejo al análisis de los especialistas en ese Derecho). La delimitación de ese presupuesto normativo significa, además, que, para el análisis correcto del debate constitucional sobre la presente amnistía, no atribuyo eficacia jurídica plena, sino sólo muy relativa, a situaciones normativas de nuestro pasado anterior al de la vigente Constitución o los datos (heterogéneos) que se derivan del Derecho Comparado.

El precedente de la Ley de Amnistía de 1977 no creo que valga como argumento, *per se*, a utilizar en el debate actual sobre la constitucionalidad o no de la Ley de Amnis-

tía, dado que entonces no teníamos Constitución. Tampoco vale el argumento basado en que, durante la vigencia de alguna de nuestras Constituciones históricas (así la de 1876), se dictaron amnistías pese a que la Constitución no las había previsto, ya que se trataba de Constituciones no normativas; las Constituciones de 1869 y 1931, que sí fueron Constituciones normativas (más la segunda que la primera) se cuidaron, por ello, de autorizarlas en su texto.

El problema a dilucidar, entonces, es el de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley de amnistía aprobada después de la entrada en vigor de nuestra actual Constitución y relativa a leyes dictadas al amparo de la misma. Nuestro ordenamiento constitucional interno es, pues, el presupuesto normativo válido y suficiente para enjuiciar la polémica y, en consecuencia, sobre el que descansan las conclusiones que siguen:

a) No cabe hablar propiamente de amnistía, sino de ejercicio regular de la potestad del legislador para modificar el ordenamiento jurídico, cuando la impunidad de determinadas conductas sea consecuencia de, o está asociada a, la derogación de un Derecho anterior que se considera injusto o improcedente u obsoleto, con los consiguientes efectos retroactivos favorables.
b) Tampoco cabe hablar propiamente de amnistía, sino de indulto particular (el general está constitucionalmente prohibido), cuando, sin mediar aquella modificación normativa, no se trata de declarar la completa impunidad de conductas delictivas, sino sólo de remediar (aplicando la institución de la «gracia») condenas impuestas por sentencia firme. Aunque, como excepción al debido cumplimiento de las sentencias de los tribunales, ordenado por la Constitución, el indulto particular sólo resulta aceptable porque la misma Constitución lo ha previsto.
c) Sí cabe hablar propiamente de amnistía cuando, en situaciones extraordinarias de un cambio radical de régimen político, como sucedió en España con la Ley de Amnistía de 1977, se estima que el Derecho anterior, no democrático, fue injusto o inapropiado y, en consecuencia, se declaran inmunes las conductas perseguidas por ese Derecho anterior, declaración que se adopta incluso antes de que el nuevo Derecho, encabezado por la Constitución democrática, haya surgido, esto es, antes de que se produzca, por obra del nuevo Derecho, la derogación del Derecho anterior. Aquí existe una indudable razón de justicia legitimadora de la amnistía.
d) También cabe hablar de amnistía cuando, en situaciones ordinarias de «normalidad», esto es, ya vigente la Constitución, y sin mediar, pues, una modificación legislativa, por considerarse que el Derecho que se aplicó sí era justo y procedente (y continúa siéndolo), no obstante, se adopta una amnistía por razones de oportunidad política (de preservación de los intereses generales, no, claro está,

de intereses particulares), al entenderse que el otorgamiento de plena inmunidad a determinadas conductas contrarias a ese Derecho puede servir para poner fin a procesos de grave enfrentamiento social, civil o político. En estos casos, la amnistía, basada en la oportunidad política y no en una razón de justicia, en cuanto que supone una excepción al principio constitucional del Estado de Derecho (que se despliega, principalmente, a través de sumisión del poder público a la Constitución, de la igual aplicación de la ley y de la separación entre jurisdicción y legislación) sólo es posible si está constitucionalmente autorizada y, en todo caso, si, además, la correspondencia entre ese medio, la amnistía, y los fines que la justifican no es arbitraria. El hecho de que en algunos Estados constitucionales se hayan dictado amnistías sin que estén constitucionalmente autorizadas no invalida la pertinencia, mejor, necesidad, de dicha reserva constitucional, avalada por la teoría general y, en España, por la dogmática de nuestra Constitución concreta.

e) En coherencia con tales conclusiones, visto el examen que se ha venido realizando en el presente trabajo acerca de los argumentos jurídicos utilizados en el debate constitucional producido sobre la amnistía, mi opinión es que parecen más sólidos los argumentos que defienden la inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía que los aducidos a favor de su constitucionalidad.

CAPÍTULO 20

LA AMNISTÍA EN ALEMANIA: LEYES DE IMPUNIDAD Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Fernando Simón Yarza
(Universidad de Navarra)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Introducción

Constituye un honor, y una gran alegría, participar en este *Liber amicorum* con que homenajeamos a una de las constitucionalistas más respetadas de nuestro país, apreciada amiga, como es la profesora Paloma Biglino. A tal propósito he escogido un tema que casa bien, por su actualidad e interés teórico, con su compromiso con la defensa de nuestra democracia constitucional desde sus mismos orígenes. Entre las amenazas que la acechan en los últimos años se cuentan, como nos ha advertido en un libro notable, el «auge» del «autoritarismo» y de «mensajes populistas» que desafían «los límites impuestos por el Derecho»[1]. El respeto a estos límites *in spiritu et littera* constituye la definición misma de la «lealtad constitucional», cuya primera exigencia «consiste en el ejercicio no abusivo de las propias competencias»[2]. En las páginas que siguen me ocuparé de una facultad sumamente controvertida en nuestro país, tanto en lo que concierne a su existencia como —sobre todo— al modo que en que se pretende ejercer: el poder de amnistía. Dada la cantidad de contribuciones que están apareciendo sobre este asunto en los últimos tiempos, me centraré en el tratamiento que ha recibido en Alemania. Como se irá viendo, existe en este país una experiencia legal y un *corpus* jurisprudencial que, pese a haber sido objeto de tergiversaciones en España con el propósito de justificar lo injustificable, resulta de interés para abordar el problema de la amnistía en nuestro propio orden constitucional.

[1] Biglino Campos, P., *Retos a la libertad y Estado constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 13.

[2] Biglino, P., «La lealtad constitucional en el Estado de las autonomías», *Revista Jurídica de Castilla y León* 2004 (núm. ext.), pp. 58-59.

2. Leyes de impunidad y doctrina constitucional sobre la amnistía

Ciñéndonos estrictamente al espacio de vigencia de la Ley Fundamental, puede decirse que la práctica de la amnistía en Alemania cuenta con un arraigo apenas cuestionado, sin perjuicio, eso sí, de la excepcionalidad inherente a esta institución y de los importantes límites constitucionales a que está sometida. En este epígrafe examinaré los rasgos fundamentales de las amnistías que se han aprobado desde la entrada en vigor de la *Grundgesetz*, así como los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal al respecto.

2.1. Delimitación conceptual

Las leyes de amnistía reciben en Alemania el nombre de «leyes de impunidad» *(Straffreiheitgesetze)*. Comportan la anulación de las penas definitivamente impuestas por un determinado delito, así como la imposibilidad de juzgar penalmente los hechos objeto de la amnistía. En este sentido, no se alejan de la comprensión de la amnistía que rige en nuestro país. Es habitual en la doctrina distinguir cuatro tipos de amnistías, en función de su *justificación:*

1.º La «amnistía jubilar» *(Jubel-Amnestie)*, justificada como consecuencia de una celebración pública. Se trata de una manifestación festiva, en la que el gozo propio de la fiesta irradia en un acto de generosidad hacia los amnistiados.
2.º La «amnistía de pacificación» *(Befriedungs-Amnestie)*, orientada a cerrar un conflicto civil. Es éste el sentido prístino de la institución ateniense que recibe el nombre de *«amnestía»* (ἀμνηστία), cuyo primer ejemplo conocido se remonta hasta el año 403 a. C., en el cual, después de la caída de los Treinta Tiranos, se aprobó una ley para pasar página de las consecuencias civiles de la Guerra del Peloponeso. A esta forma de amnistía alude el conocido artículo de Carl Schmitt publicado anónimamente en el año 1949, y objeto de sucesivas revisiones y apariciones, traducido al castellano como: *«Amnistía es la fuerza de olvidar»*[3].

[3] El artículo aparece anónimamente el 10 de noviembre de 1949 en *Christ und Welt,* con el título: «Amnestie - Urform des Rechts. Zeus an die Bundesregierung». Posteriormente aparece, también anónimamente y con ligeras variaciones, en el *Sonstagsblatt* de Hamburgo, de 15 de enero de 1950, encabezado así: «Amnestie ist die Kraft des Vergessens: Wann werden wir den Bürgerkrieg beenden?». Se publica una reimpresión en *Die Zeit* el 21 de septiembre de 1950: «Amnestie: Urform des Rechts», bajo la firma de Walter Masuch (al parecer, un hombre se presentó a la redacción con el nombre indicado, entregó el artículo y cobró una comisión). Ya con la firma de Carl Schmitt, el artículo es publicado en *Die Forstschritt,* de Essen, el 5 de octubre de 1951: «Das Ende des kalten Bürgerkrieges. Im Zirkel der tödlichen Rechthaberei: Amnestie oder die Kraft des Vergessens»; y se vuelve a publicar, reimprimido, en *Dietsland-Europa*, de Antwerpen, el 9 de octubre de 1959: «Amnestie oder die Kraft des Vergessens». El artículo ha quedado finalmente recogido con el título: «Amnestie oder die Kraft des Vergessens»,

Aun demostrando un lúcido entendimiento del significado de la amnistía, el propósito que, razonablemente, cabía atribuir a la publicación —la amnistía de los responsables de un régimen totalitario, criminal *per definitionem*[4]— resultaba moralmente difícil de sostener.

3.º La denominada «amnistía de punto final» *(Schlussstrich-Amnestie)*, con la que se pretende poner término a una situación en la que, como consecuencia de unas condiciones de vida excepcionales, se cometieron delitos que no se habrían cometido en circunstancias normales. En esta categoría se incluyen las leyes de impunidad de 1949 y 1954, a las que nos referiremos más adelante. Conviene advertir que esta amnistía puede tener también una finalidad pacificadora, razón por la que no constituye, en rigor, una categoría contrapuesta a la anterior.

4.º La «amnistía de corrección jurídica» *(Rechtskorrektur-Amnestie)*, por último, alude a la aprobada con el fin de extender al pasado las consecuencias jurídicas de una mitigación de la ley penal. A este género pertenecen las leyes de impunidad aprobadas en Alemania en 1968 y 1970.

2.2. Amnistías de punto final

Las dos primeras amnistías dictadas bajo la Ley Fundamental de Bonn, que dieron lugar a la jurisprudencia constitucional relativa a la institución, fueron aprobadas mediante sendas leyes de impunidad, de 1949 y 1954. Tales normas exoneraron de responsabilidad por determinados delitos cometidos, hasta cierto punto, como consecuencia de las condiciones de vida, excepcionalmente duras, del período inmediatamente posterior a la guerra.

1. La primera amnistía fue recogida en la Ley de impunidad *(Straffreiheitsgesetz)* de 31 de diciembre de 1949. La norma, como se ha anticipado, obedecía a las circunstancias excepcionales de penuria de la postguerra, y declaró la impunidad de un amplio conjunto de delitos y faltas cometidos con anterioridad al 15 de septiembre de 1949[5]. Asimismo, se aplicó a los «actos cometidos por motivos

en Schmitt, C., *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Ed. Günter Maschke, Duncker & Humblot, Berlín, 1995, pp. 218-221. Sobre las ediciones sucesivas, *vid.* Benoist, A. de (ed.), *Carl Schmitt – Bibliographie seiner Schriften und Korrespondenzen*, Akademie Verlag, Berlín, 2003, pp. 96-97.

[4] *Vid.*, en este sentido, Zeitllin, S. G., «Indirection of the Rhetoric of Tyranny: Carl Schmitt's The Tyranny of Values 1960-1967», *Modern Intellectual History,* 18, 2021, pp. 427 y ss.

[5] Las circunstancias históricas que rodearon esta primera ley de impunidad incluían varios precedentes inmediatos de amnistías dictadas por los Aliados y los *Länder* durante el proceso de «desnazificación». Ciertamente, además, existía un sentir favorable extendido a favor de una amplia amnistía, reflejado en las palabras de Konrad Adenauer en una reunión del Gobierno, de 26 de septiembre de 1949: «Dejamos atrás tiempos tan confusos que conviene hacer *tabula rasa*». Con todo, no eran pocas las dudas sobre la competencia federal para dictar una am-

políticos después del 8 de mayo de 1945 y atribuibles a las circunstancias políticas particulares de los últimos años» (art. 9.1), con ciertas excepciones. El objetivo perseguido con este precepto era amnistiar los actos de persecución política cometidos por víctimas del nazismo contra sus antiguos verdugos[6]. Por más que, en su contenido material, el apoyo popular a esta ley era muy amplio, existían dudas fundadas sobre la competencia federal para dictarla. Fueron objeciones de este tipo las que propiciaron el litigio que dio lugar a la primera Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la amnistía, de 22 de abril de 1953[7].

a) La resolución se dictó a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por un juzgado de primera instancia e instrucción *(Amtsgericht)* de Markt Oberdorf, en Baviera, en el proceso seguido contra una mujer por delitos de aborto e inducción al aborto. El órgano judicial *a quo* consideraba que el poder federal de dictar amnistías se encontraba delimitado por el artículo 60.2 LFB, relativo al derecho de gracia[8]. Este precepto dispone, en efecto, que el Presidente federal «ejercerá en nombre de la Federación el derecho de gracia en cada caso particular». La facultad aludida se ciñe, además, a un restringido número de supuestos, a saber, aquellos en que compete conocer en primera instancia a la judicatura federal[9]. En la mayoría de supuestos penales, la ausencia de un derecho de gracia federal excluiría —al decir del órgano proponente de la cuestión— el poder de dictar amnistías. Frente a esta tesis, el Gobierno Federal defendió la constitucionalidad de la ley de impunidad amparándose en la competencia federal para dictar legislación penal concurrente, prevista en el artículo 74.1.1.º LFB.

b) La Sala Primera *(Erster Senat)* del Tribunal Constitucional Federal dictó Sentencia el 22 de abril de 1953. En ella, *avaló la constitucionalidad de ley de amnistía* con base en las siguientes consideraciones:

1.º Haciéndose eco de la conciencia popular, el Tribunal Constitucional Federal partió de la base de que «la concesión de la amnistía ya no se percibe como una expresión de misericordia que vaya más allá de la ley, sino como una corrección

nistía semejante. Sobre todo ello, *vid*. Frei, N., *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit,* Beck, Múnich, 1997, pp. 29-53 (la frase de Adenauer está recogida en la p. 31); hay una versión del libro en inglés, publicada en 2002 por Columbia University Press.

[6] *Vid.* más ampliamente, Schätzler, J.-G., *Handbuch des Gnadenrechts*, Beck, 2.ª ed., Múnich, 1992, p. 244.

[7] *BVerfGE* 2, 213 *(Straffreiheitsgesetz)*.

[8] Seguía así la opinión formulada por Schmidt-Leichner, E., «Die Bundesamnestie», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1950, pp. 41-46.

[9] *Cfr.* artículo 120 Ley de la Constitución Judicial *(Gerichtsverfassungsgesetz: GVG)*, referido a delitos contra la seguridad del Estado.

de la propia ley». En adición a ello —subrayaba el Tribunal—, «está en consonancia con la naturaleza del Estado constitucional moderno que la amnistía ya no la conceda el Jefe del Estado, sino la ley». Esta *diferenciación de la amnistía frente al concepto de gracia* tenía una consecuencia jurídica inmediata, a saber, la de impedir acudir al artículo 60.2 LFB, relativo al derecho de gracia, a fin de delimitar la competencia federal para dictar amnistías. Efectivamente, «si (...) la concesión de inmunidad penal *(Straffreiheit)* es esencialmente diferente de la gracia *(Begnadigung)*, sólo por esta razón el artículo 60.2 de la Ley Fundamental no proporciona ninguna base para decidir la cuestión de si la competencia para promulgar leyes que concedan inmunidad penal corresponde a la Federación»[10]. El título competencial habría de buscarse, en definitiva, en la distribución de competencias legislativas.

2.º El Tribunal Constitucional Federal declaró que la facultad controvertida de dictar amnistías se asienta en el artículo 74.1.1º LFB, que atribuye a la Federación *competencias legislativas concurrentes sobre «el Derecho penal» y «el procedimiento judicial».* En la medida en que la ley de impunidad «crea un obstáculo a la persecución de todos los delitos susceptibles de amnistía, prohibiendo la incoación o la continuación de todos los procedimientos que aún no hayan concluido con efectos de cosa juzgada *(rechtskräftig)*», el poder federal «se deriva de su facultad de legislar en el ámbito de los procedimientos judiciales». En la medida en que la ley «condona penas reconocidas como firmes», la facultad federal se deriva del «poder legislativo en el ámbito de la ejecución penal»[11].

3.º Por último, el Tribunal Constitucional especificó que «la concesión de la inmunidad judicial» no implica de suyo, en contra de lo que «a menudo supone la doctrina tradicional», un «acto administrativo en forma de ley». En lo que respecta a la Ley de impunidad de 1949, entendió el Alto Tribunal que se trataba de «una ley en sentido material». En esta línea advirtió que, «a diferencia de los indultos individuales», la amnistía «no regula las consecuencias penales de casos concretos», sino de «un número no calculable e indeterminado *(unübersehbaren und unbestimmten)* de delitos, caracterizados por tipos». Por más que, «ciertamente, el legislador que concede la impunidad tiene en mente casos individuales típicos», éstos serían sólo —en lo relativo a la ley *sub judice*— «ocasión o motivo *(Anlaß oder Beweggrund)*, pero no objeto *(Gegenstand)* de su regulación»[12].

2. Apenas un año después de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, se aprobó en Alemania una segunda amnistía encaminada a completar la obra de

[10] *BVerfGE* 2, 213 *(Straffreiheitsgesetz)*, p. 219.
[11] *BVerfGE* 2, 213 *(Straffreiheitsgesetz)*, pp. 221-222.
[12] *BVerfGE* 2, 213 *(Straffreiheitsgesetz)*, p. 222.

la primera. Se trataba de cubrir aquellos delitos de la postguerra cuyo olvido, pese a fundarse en la misma *ratio* que la ley de 1949, no habían sido cubiertos por ésta. Según afirmó en el *Bundestag* el Ministro Federal de Justicia, Fritz Neumayer, en febrero de 1954, era preciso «trazar una línea de separación con los delitos directa o indirectamente relacionados con las circunstancias de una época caótica»[13].

La nueva norma, sin embargo, estuvo fuertemente marcada por el llamado «caso Platow», el cual daría lugar —al cabo de cinco años— a la segunda resolución del Tribunal Constitucional Federal[14]. Si, con ocasión de la primera amnistía, se dirimió la controversia acerca de la legitimidad del poder federal para dictar leyes de impunidad; esta segunda amnistía puso sobre la mesa, como veremos a continuación, el problema de *los límites de dicho poder;* y, muy en particular, el de *la interdicción de amnistías singulares o arbitrarias*.

a) Antes de que se plantease la aprobación de la amnistía complementaria de 1954, causó cierto revuelo en Alemania el llamado «caso Platow», en el que se vieron involucrados varios funcionarios de la Administración. Entre 1946 y 1951, el empresario Robert Platow mantuvo un servicio confidencial de noticias económicas para un círculo de suscriptores, operadores del ámbito de la industria y los negocios. El editor nutría su servicio accediendo a una red de funcionarios que, violando un deber de reserva sancionado penalmente, le proporcionaban documentos e informaciones confidenciales. En 1951, a raíz de la publicación de un anteproyecto de ley de cárteles, quedaron al descubierto las actividades ilícitas del «complejo Platow». Se creó entonces una Comisión de Investigación en el *Bundestag* para examinar el caso. Finalmente, en atención a las peculiaridades del contexto en que operó el servicio —aún bajo las secuelas del opaco régimen nazi, con apenas flujo de información hacia la opinión pública— las distintas fuerzas políticas resolvieron amnistiar las actividades del «complejo Platow». El 18 de julio de 1953, el *Bundestag* aprobó el proyecto de ley de la conocida como «amnistía Platow». No obstante, el proyecto no llegó a convertirse en ley porque el entonces Ministro de Justicia, Thomas Dehler, se negó a refrendarlo[15]. Dehler estaba convencido de que la «amnistía Platow», en

[13] *BT-Berichte* 2, WP, 26 de febrero de 1954, p. 587B, 588D. *Apud* Frei, N., *Vergangenheitspolitik*, cit., p. 102.

[14] Para las circunstancias y proceso de aprobación de la Ley de impunidad de 1954, *vid*. Frei, *Vergangenheitspolitik*, cit., pp. 100-132.

[15] *Cfr.* artículo 29.1 Reglamento de funcionamiento del Gobierno, de 11 de mayo de 1951 (en desarrollo del art. 58 LFB): «Las leyes sólo se presentarán al Presidente Federal para su ejecución después de haber sido refrendadas por el Canciller Federal y el ministro federal competente. Si el contenido de la ley afecta a la cartera de varios ministros federales, éstos, por regla general, firmarán también el ejemplar».

la medida en que tan sólo preveía la exoneración de «editores, periodistas y miembros de la función pública»[16], constituía una amnistía *ad hoc*. Contravendría, por tanto, el principio constitucional de igualdad del artículo 3.1 LFB, y no superaría el escrutinio del Tribunal de Karlsruhe. Consecuentemente se negó a estampar la contrafirma, como tampoco lo haría su sucesor en el cargo, Fritz Neumayer.

b) En lugar de una amnistía singular, aplicable tan sólo a los miembros de ciertos grupos profesionales, en el Ministerio de Justicia se abrió paso la idea de dejar cubiertos a los participantes en el «complejo Platow» por una amnistía más extensa, basada en tipos genuinamente abstractos, que serviría de complemento a la aprobada en 1951. Así, en el artículo 8 de la amplia Ley de impunidad de 17 de julio de 1954, se declaró expresamente la exoneración de «los delitos que tengan por objeto la comunicación, obtención o difusión de información sobre asuntos que conciernan a miembros de la función pública, o que estén relacionados con ellos de tal manera que deban preparar, promover, asegurar o encubrir tales delitos (...), si el delito se cometió antes del 1 de enero de 1952». Pese a la dicción abstracta del precepto, hubo quienes consideraron que su motivación concreta, vinculada al «caso Platow», lo convertía en una *lex singularis* contraria al principio de igualdad. En esta idea se basó la cuestión de inconstitucionalidad que planteó el *Landgericht* de Bonn el 10 de noviembre de 1954, origen de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 15 de diciembre de 1959. Nuevamente, el Tribunal de Karlsruhe avaló la ley controvertida, aunque estableció una jurisprudencia muy relevante sobre los límites del poder de amnistiar:

1.º En primer lugar, el Alto Tribunal reiteró su jurisprudencia —fijada en la Sentencia de 22 de abril de 1953— de que la ley de impunidad sólo es admisible cuando «no sólo se regulan las consecuencias penales de casos individuales, sino un número no calculable e indeterminado *(unübersehbaren und unbestimmten)* de infracciones penales caracterizadas por tipos». El Tribunal precisó también que, a la hora de interpretar la exigencia de que la amnistía afecte a un número «no calculable» *(unübersehbar)* de casos, «lo decisivo no es el mayor o menor número de delitos cubiertos» sino «que, merced a la formulación abstracta del supuesto de hecho, no se pueda calcular *(übersehen)* con exactitud en cuáles ni en cuántos casos encuentra aplicación la ley»[17]. El Tribunal de Karlsruhe ofreció algunas pautas adicionales, de indudable utilidad, para interpretar el alcance de la exigencia de generalidad:

[16] *BVerfGE* 10, 234 *(Platow-Amnestie)*, p. 242.
[17] *Ibid.*, p. 242.

i) En primer lugar, advirtió de que no resultaría decisivo el hecho de que la ley se hubiera dictado tomando como motivación un caso o un grupo de casos concretos, siempre que la *intentio legis* no se ciñese a la amnistía de ese caso o grupo de casos: «si la intención objetivada del legislador expresada en una norma no se agota en regular, de manera exclusiva, los casos que sirvieron de ocasión *(Anlaß)* para la promulgación de dicha noma, sino que, por la naturaleza de los hechos contemplados, puede abarcar un número indeterminado de otros casos, constituye un principio jurídico general *(allgemeinen Rechtssatz)*»[18].

ii) En segundo lugar, así como el hecho de que la amnistía se haya aprobado a partir de casos concretos conocidos no excluye, *per se*, la naturaleza general de la norma; tampoco su formulación abstracta excluye, *per se*, que estemos ante una amnistía *ad hoc* inadmisible. Es posible, en efecto, que «el legislador pretenda exclusivamente regular un caso o un grupo concreto de casos y, para ocultar esta intención, encierre en una disposición elementos del delito, formulados de manera general, de tal suerte que sólo pueda aplicarse a aquellas circunstancias concretas que el legislador tenía en mente, y a las que se adapta la disposición». Ha de hablarse entonces de una «ley individual encubierta» *(getarntes Individualgesetz)*, no menos singular que la que se manifiesta abiertamente como tal[19].

iii) De los dos razonamientos expuestos se desprende, como corolario, la indispensabilidad de la hermenéutica para determinar si estamos o no ante una ley *ad hoc:* «al examinar si una disposición constituye una ley individual o un principio jurídico general, su contenido debe determinarse en primer lugar mediante la interpretación». Esta interpretación, a su vez, «viene determinada por la intención objetivada del legislador expresada en ella, tal como se desprende del tenor de la disposición legal y del contexto en el que se inscribe»[20].

Resta señalar que, con base en las consideraciones anteriores, el Tribunal Constitucional Federal concluyó que el precepto controvertido no otorgaba la impunidad sólo «para un número esencialmente conocido de casos individuales *(für eine im wesentlichen bekannte Zahl von Einzelfällen)*», sino que cabía calificarlo como «un principio jurídico general aplicable a un número indeterminado de circunstancias». En efecto, el artículo 8 de la ley definía «el abanico de delitos» amnistiados «según características generales *(nach generellen Merkmale)*», de indudable aplicabilidad a hechos carentes de conexión alguna con el caso Platow. En este sentido, el Tribunal no se privó de citar varios supuestos, ajenos a aquel asunto, que se habían visto afectados por el precepto[21].

[18] *Ibid.*, pp. 243-244.
[19] *Ibid.*, p. 244.
[20] *Ibid.*
[21] *Ibid.*, pp. 239 y ss.

2.º Aparte del desarrollar el concepto de amnistía *ad hoc*, el Tribunal Constitucional Federal se detuvo en explicar, de manera más general, cuando una amnistía lesiona *el principio constitucional de igualdad.* En sus propias palabras, «en el caso de una ley de impunidad, sólo existe una violación del principio general de igualdad si resulta manifiesto que la disposición especial establecida por el legislador para delitos individuales *no se basa en la idea de justicia*, es decir, si no pueden encontrarse *consideraciones razonables* para aprobarla que se deriven de la naturaleza del asunto o sean convincentes de otro modo». Si, por el contrario, cupiera calificar la ley como *«arbitraria»*, habría que declararla inconstitucional[22]. En relación con este requisito, el Alto Tribunal consideró también que el artículo 8 superaba el canon de control. Este precepto vino a amnistiar la revelación de informaciones confidenciales relacionadas con la Administración pública, pero lo hizo sobre la base de un contexto político incierto, en la salida de un régimen de opacidad que impedía el flujo transparente de información. La amnistía, pues, se consideró razonable[23].

2.3. Amnistías de corrección jurídica

En las páginas anteriores, nos hemos referido a los rasgos más importantes del tratamiento constitucional de la amnistía en Alemania, configurados a partir de las leyes de impunidad de 1949 y 1954, y de la jurisprudencia constitucional que aquéllas generaron. Aunque de menor relevancia, con posterioridad se han dictado otras leyes de impunidad a las que es preciso dedicar un breve espacio. Hemos de aludir, en primer lugar, a las «amnistías de corrección jurídica» *(Rechtskorrekturamnestien)*, cuyos dos ejemplos más conocidos son las Leyes de impunidad de 1968 y 1970.

1. La Ley de impunidad de 9 de julio de 1968 fue aprobada a los pocos días de la Octava Ley de Reforma Penal *(Achtes Strafrechtsänderungsgesetz)*, de 25 de junio de 1968; la cual vino a mitigar, de manera sustancial, las penas por delitos contra la seguridad del Estado. La reforma penal obedecía a la voluntad de superar el orden penal de la postguerra, que imponía severas sanciones por delitos como la traición a la patria y la puesta en peligro del orden público o de la seguridad exterior. Se trataba, por lo demás, de una reforma estrechamente ligada a la moda de la época, con sus proclamas antiautoritarias y sus disturbios estudiantiles. En cuanto a la amnistía que la acompañó, se ciñó a la responsabilidad

[22] *Ibid.*, p. 246. *Vid.* también, reiterando el mismo criterio, la Resolución del TCF de 10 de febrero de 1960 (*BVerfGE* 10, 340).

[23] *BVerfGE* 10, 234 *(Platow-Amnestie)*, pp. 247 y ss.

basada en disposiciones derogadas o sustituidas por la nueva norma, y fue supeditada a ciertos límites[24].

2. Apenas dos años después, el Parlamento aprobó, de manera inmediatamente sucesiva, la Tercera Ley de Reforma del Derecho Penal, de 20 de mayo de 1970, y la Ley de impunidad del mismo día. La nueva reforma penal introdujo modificaciones en relación con los delitos vinculados a la libre expresión de opiniones sobre asuntos públicos a través de manifestaciones. La amnistía, por su parte, otorgó la impunidad para los delitos objeto de reforma, cometidos en los últimos años[25]. Ligada a los disturbios estudiantiles de la época, esta ley de impunidad ha sido calificada por algún autor como un apéndice de la de 1968[26].
3. Más allá de los ejemplos expuestos, constituye una *praxis* habitual incluir, en las distintas reformas penales, disposiciones orientadas a asegurar la plena retroactividad *in melius;* rescindiendo, incluso, condenas firmes. Se ha hablado, en este sentido, de «amnistías anejas» o «pequeñas amnistías»[27], las cuales amplían el principio de retroactividad favorable recogido, de manera parcial, en el artículo 2.3 del Código Penal alemán: «Si la ley vigente en el momento de consumarse la infracción se modifica *antes de que se dicte sentencia*, se aplicará la ley más benigna». Mediante las amnistías anejas a las leyes de reforma penal, este principio se extiende a las penas ya impuestas.
4. Conviene señalar que esto mismo ocurre en España merced al artículo 2.2 del Código Penal: «Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena».

a) De manera un tanto forzada, a mi juicio, el Tribunal Constitucional español ha derivado este principio, *sensu contrario*, del artículo 9.3 CE[28], si bien ha negado que sea un «derecho de carácter constitucional susceptible de amparo»[29]. La deducción de la retroactividad *in melius* del artículo 9.3 CE resulta forzada, desde mi punto de vista, en la medida en que ni se desprende de su literalidad, ni se basa en la misma razón de justicia[30]. La irretroactividad *in peius* se funda en razones de seguridad jurídica, cosa que no ocurre con la retroactividad *in*

[24] *Cfr.* Schätzler, *Handbuch des Gnadenrechts*, cit., p. 246.
[25] *Ibid.*
[26] Lutz, D., «Amnestie - Eine Einführung». *Sicherheit und Frieden,* 11\4 (1993), p. 189.
[27] Schätzler, *Handbuch des Gnadenrechts*, cit., pp. 246-247.
[28] STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3.
[29] STC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2.
[30] En igual sentido, *vid. v. gr.* Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 447-448.

melius. Ésta viene amparada por sólidas razones humanitarias, y por la conveniencia de una asunción plena y congruente, también respecto al pasado, de los valores abrazados por la reforma penal favorable.

b) El artículo 2.2 del Código Penal español, además, no sólo dispone la retroactividad favorable, sino que lo hace incidiendo sobre las penas impuestas con efectos de cosa juzgada. Dispone, por consiguiente, una «amnistía de corrección jurídica» *(Rechtskorrekturamnestie)* para cualquier reforma penal favorable al reo, lo cual, valga la insistencia, no viene exigido por el artículo 9.3 CE. Conviene añadir por último que, sin llegar hasta el punto de requerir la revisión de sentencias firmes, la retroactividad favorable está recogida en los artículos 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[31] y 49.1 de la Carta de Derechos de la Unión Europea[32]. Las exigencias que imponen estos preceptos son satisfechas suficientemente, sin embargo, por el artículo 2.3 del CP alemán. La afectación de la cosa juzgada, empero, pasa en Alemania por la aprobación expresa de una amnistía de corrección jurídica.

2.4. Las llamadas «amnistías fiscales»

Un grupo peculiar de amnistías, de carácter eminentemente pragmático, son las llamadas «amnistías fiscales» *(Steueramnestien)*. Esta forma de impunidad se halla motivada por fines principalmente recaudatorios, lo que la hace vulnerable en el plano de los principios de justicia. No sorprende, pues, que no suela figurar en clasificaciones tradicionales de la institución de la amnistía, v. gr., en la expuesta al comienzo de estas páginas. Con todo, nos encontramos ante una práctica de la que existen ejemplos en múltiples países, incluido Alemania. Relativamente arraigadas en la legislación comparada con distintas denominaciones *(Voluntary Disclosure Program, Tax Amnesty*, etc.), las amnistías fiscales ofrecen a los evasores de impuestos una mitigación o exoneración de su responsabilidad penal o sancionadora como incentivo para que declaren y cumplan, de manera voluntaria, sus obligaciones tributarias. En Alemania, entre las más conocidas se encuentra, sin duda, la Ley sobre la declaración exoneradora *(Gesetz über die strafbefreiende Erklärung)*, de 23 de diciembre de 2003, vigente entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de marzo de 2005. Esta norma fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Financiero *(Finanzgericht)* de Colonia, inadmitida debido al deficiente análisis del caso por parte del órgano proponente. No obstante la inadmisión, el Tribunal Constitucional Federal dio a entender que las amnistías fiscales no vulneran,

[31] «Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

[32] «Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta».

per se, el principio constitucional de igualdad, dado que la desigualdad que crean responde a un propósito razonable —la vuelta a la honradez fiscal—, en ocasiones difícil de alcanzar de otro modo[33]. El Tribunal hizo referencia, además, a otra decisión previa de inadmisión; la cual, reconociendo las razones de la amnistía fiscal, la había calificado como un «puente hacia la legalidad» *(Brücke zur Legalität)*[34].

3. La «autoamnistía» rechazada

Son varias las ocasiones en que, a iniciativa de grupos sociales o políticos, el *Bundestag* se ha planteado la posibilidad de conceder una eventual amnistía, sin llegar finalmente a dictarla. Dejando de lado las discusiones que tuvieron lugar durante el período de la Reunificación —que, por su relevancia histórica, merecen un epígrafe específico—, me centraré en este apartado en la controversia que se produjo a raíz de una propuesta de *amnistía para las donaciones ilícitas a partidos políticos (Parteispendenamnestie)*[35]. El asunto traía causa en una extendida práctica de evasión fiscal por parte de personas físicas y jurídicas, mantenida desde la década de los años cincuenta, a través donaciones a entidades que, pese a autodenominarse como asociaciones cívicas, realmente se dedicaban a obtener fondos para partidos políticos. De manera ilegal, los contribuyentes eludían la tributación por importes que no habrían podido deducir si, formalmente, su donación hubiese estado dirigida a un partido. Esta práctica fraudulenta se mantuvo durante décadas, tolerada por las autoridades.

En 1981, el SPD distribuyó entre los miembros de su grupo parlamentario en el *Bundestag* un borrador de ley que, supuestamente redactado a iniciativa de todos los grupos, preveía la impunidad de estas prácticas mediante la declaración voluntaria; con independencia, incluso, de que la evasión fiscal fuese conocida por las autoridades. El borrador encontró una notable resistencia interna en el grupo, y hubo de ser retirado. A la sazón, además, la opinión pública tuvo conocimiento de tratos corruptos ligados a las donaciones. La amnistía parecía abocada al fracaso y, en su lugar, se optó por una seria reforma del sistema de financiación de partidos. Pese a todo, en mayo de 1984, la coalición de gobierno, formada por la CDU/CSU y el FDP, presentó formalmente una proposición de ley que preveía, con ciertos límites, la amnistía de las mencionadas prácticas de elusión fiscal[36]. La reacción negativa de la opinión pública fue devastadora, y encontró el apoyo de la izquierda parlamentaria. Entre los académicos, en fin, preva-

[33] Resolución de la Sección 3.ª *(3. Kammer)* de la Sala Segunda *(2. Senat)* del Tribunal Constitucional Federal, de 25 de febrero de 2008, nn. 22 y ss. *(BVerfGK* 13, 327).

[34] *BVerfGE* 84, 233, de 27 de junio de 1991.

[35] *Cfr.* Schätzler, *Handbuch des Gnadenrechts*, cit., pp. 250-252.

[36] *Gesetzesentwurf über die Einstellung bestimmter Steuerstrafverfahren* (BT-Drs. 10/1421).

lecía también la convicción de la inconstitucionalidad de una impunidad con tintes de «autoamnistía» *(Selbstamnestie)*, frontalmente contraria al principio de igualdad[37].

En un relevante artículo, Christian Pestalozza volvió sobre la jurisprudencia constitucional para recordar que «las amnistías documentan la mala conciencia el legislador» y, por definición, constituyen «la excepción». Cualquier ley de impunidad incide gravemente en el principio de igualdad, puesto que «trata por igual a los que cumplen la ley y a los que le infringen». Además, la amnistía «desposee al Estado de una pretensión de castigo que los ciudadanos respetuosos de la ley se han tomado en serio». Todo ciudadano «debe poder esperar que el Estado mantenga la coherencia, y que la amnistía sea la excepción». Dicho de otro modo, «debido a la confianza del ciudadano respetuoso de la ley en el ordenamiento jurídico aplicable, y al mandato de coherencia *(Konsequenzgebot)*, una amnistía sólo es admisible en casos excepcionales»[38].

En relación con la amnistía propuesta por la coalición, Pestalozza sostuvo que equivalía a «una autoamnistía para las partes afectadas», y que «la autoamnistía es inconstitucional». Se trata de una práctica que «favorece directamente a los partidos, en la medida en que ellos mismos están implicados en los delitos y faltas fiscales». Así pues, «los partidos se autoamnistían directamente», haciendo violencia al propio significado de la institución de la amnistía: «la autoamnistía tuerce el Derecho en beneficio de su autor». El jurista alemán —cuya voz, insisto, representaba la opinión prevalente en la doctrina— no paró mientes en parecer reiterativo: «la autoamnistía directa de partidos y diputados es inconstitucional»; y concluyó con la siguiente reflexión*:* «La perspicacia de la *realpolitik* ha llevado al grupo parlamentario CDU/CSU a retirar su proyecto. Tras haberse visto conmocionada, parece restaurarse la moral jurídica. Sin embargo, hay que seguir reflexionando, profilácticamente, sobre los límites jurídicos de las amnistías»[39].

4. Amnistía y reunificación

Llegamos así a la última cuestión que quisiera tratar en este trabajo, a saber, el de las discusiones que, acerca de una eventual amnistía, se suscitaron a raíz del proceso de reunificación alemana de los años 1989 y 1990. Se planteó entonces el interrogante sobre la conveniencia de aprobar una amnistía generosa, que permitiera pasar página de cara al futuro. En este sentido, no faltaron quienes pusieron como ejemplo la experiencia de otros países, incluida la amnistía española de 1977. En una entrevista publicada en 1995, la Ministra Federal de Justicia, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, manifes-

[37] *Vid.* Schünemann, F., « Amnestie und Grundgesetz. Zur Verfassungswidrigkeit einer Amnestie in der Parteispendenaffäre», *Zeitschrift für Rechtpolitik,* 1984/6, pp. 137-144, y Pestalozza, C., «Die Selbstamnestie», *Juristenzeitung*, 1984, pp. 559-561.

[38] Pestalozza, «Die Selbstamnestie», *cit.*, p. 560.

[39] *Ibid.*, p. 561.

tó sus reservas frente a la emulación acrítica de terceros Estados, debido a las peculiares circunstancias de Alemania: «hoy en día tenemos una situación especial en Alemania en la que debemos prestar mucha atención a cómo se tratan estas cuestiones en otros lugares, si bien, en última instancia. tenemos que encontrar nuestro propio camino»[40].

Al tiempo de conceder esta entrevista, la posibilidad de una ley de amnistía —que, de hecho, nunca llegaría a materializarse— se había discutido, principalmente, en relación con las actividades de los espías de la extinta RDA. En agosto de 1990, el Gobierno remitió al *Bundesrat* un *Proyecto de ley sobre la impunidad de los delitos de traición y puesta en peligro de la seguridad exterior*. Esta norma exoneraba directamente a aquellos espías residentes en la RDA al tiempo de cometer los delitos previstos en los artículos 94a a 99 del Código Penal (traición a la patria y puesta en peligro de la seguridad exterior); mientras que, a los residentes de la RFA que llevaron a cabo ocultamente sus actividades de espionaje, les permitía acogerse a la amnistía si revelaban su delito en el plazo de un año. Para aquellos que ya habían sido condenados o estaban incursos en procedimientos abiertos, la impunidad sólo se concedería si las penas impuestas no superaban los tres años. El 13 de septiembre de 1990, el *Bundestag* remitió el proyecto, sin debate, a las comisiones competentes para su estudio. Con la reunificación todavía en el orden del día, el criterio *(Stellungsnahme)* expresado por el *Bunderat* era no aprobar la norma y tomarse un tiempo para «debatir tanto el presente proyecto de ley como el problema general de una amnistía más amplia con los representantes de los futuros *Länder*»[41].

Las observaciones del *Bundesrat* sobre la precipitación del proyecto no tardaron en revelarse acertadas, y la opinión pública lo recibió con malos ojos. El hecho de que se diese un trato preferente a los espías residentes de la RDA hizo que la iniciativa fuese calificada, de manera despectiva, como la «amnistía de la *Stasi» (Stasi-Amnistie)*. En particular, soliviantó a muchos que, al tiempo que se amnistiaba la traición, personas involucradas en actividades de protesta más leves no recibiesen un trato tan benigno. Con todo, es justo añadir que las críticas no siempre eran del todo ecuánimes porque, en el contexto de la reunificación, existían fundamentos razonables para eximir de penas a unos agentes que, en el momento de llevar a cabo sus actividades de inteligencia, difícilmente se veían ligados al Derecho de la RFA.

No en vano, aunque el proyecto de ley murió en el olvido, el problema latente se replanteó, al cabo de unos años, en el Tribunal Constitucional Federal. Tras la reunificación, en efecto, en el marco de un procedimiento penal contra antiguos funcionarios del Ministerio de Seguridad de la RDA, el Tribunal de Apelación de Berlín planteó una

[40] Leutheusser-Schnarrenberger, S., y Gerhardt, R., «Amnestie für Spione?», *Zeitschrift für Rechtspolitik,* 28\8, 1995, p. 309.

[41] BT-Drs. 11/7871, de 13 de septiembre de 1990, p. 8. *Vid.* también, más ampliamente, Schätzler, *Handbuch des Gnadenrechts*, cit., pp. 253-259; Bahr, E.:«Drei Jahre nach der Einheit – Für eine Amnestie». *Sicherheit und Frieden* 11\4, pp. 209-211; y Heitmann, S.: «Drei Jahre nach der Einheit – Gegen eine Amnestie Vorgabe und Aufgabe der Einung». *Sicherheit und Frieden*, 11\4, pp. 211-213.

cuestión de inconstitucionalidad sobre el precepto que, en ejecución del tratado de adhesión, permitía aplicar los tipos delictivos relacionados con el espionaje a antiguos miembros de la RDA. El Tribunal de Karlsruhe negó que ello supusiese una aplicación retroactiva de la *lex poenalis*; si bien entendió que la persecución penal de los agentes que residían en la RDA por delitos de espionaje lesionaba el principio de proporcionalidad *(Übermaßverbot)*[42]. Algunos juristas destacados vieron la decisión del Tribunal de Karlsruhe como una «cuasiamnistía» *(Quasi-Amnistie)* de razonamiento endeble; y lamentaron que se hubiese desperdiciado la ocasión para aprobar una amnistía legal más amplia, concebida abiertamente como un acto de generosidad colectiva[43].

5. Reflexión conclusiva

A lo largo de este trabajo, he procurado ofrecer una visión general, panorámica y sintética, del tratamiento constitucional que la amnistía recibe en Alemania. Pienso honestamente que la experiencia de este país ofrece elementos valiosos para un debate sosegado sobre la naturaleza de la institución de la amnistía y el fundamento del poder para dictarla. Al mismo tiempo, sin embargo, entiendo que la situación de nuestro país no favorece la discusión serena. Basta remitirse al hecho de que se haya utilizado la experiencia alemana, de manera parcial y torticera, con el propósito de avalar la constitucionalidad de la amnistía, insalvablemente espuria, que está conmocionando nuestra vida política. Como habrá podido comprobar el lector, sin embargo, la amnistía del *procés* jamás habría superado los límites sentados por la jurisprudencia constitucional alemana en su Sentencia de 15 de diciembre de 1959; como tampoco superaría el filtro de la doctrina, tal y como se expresó con ocasión del escándalo de las donaciones encubiertas a partidos políticos. Tergiversar selectivamente elementos del Derecho comparado al servicio de fines ilegítimos constituye un modo de proceder ajeno a un buen constitucionalista, que debe administrar su palabra verazmente, fiel a su compromiso con el orden constitucional. De este compromiso nos ha dado ejemplo nuestra querida homenajeada, a quien van dedicadas estas páginas.

[42] STCF de 15 de mayo de 1995; *BVerfGE* 92, 277 *(DDR-Spione)*.

[43] En este sentido, v. gr., Isensee, J., «Vorgabe und Aufgabe der Einung». En Isensee, J., y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* IX *(Die Einheit Deutschlands)*, Müller, Heidelberg, 1997, nn. 166-168 (pp. 103-105).

CAPÍTULO 21
LENGUAJE Y SEMÁNTICA DE LA AMNISTÍA EN LA GRECIA CLÁSICA

Josu de Miguel Bárcena
(Universidad de Cantabria)
Profesor de Derecho Constitucional

1. Introducción

Ya que este trabajo versará sobre historia constitucional, una historia constitucional perdida en el tiempo y con escaso apoyo en los hechos contrastados, me permito comenzar por recordar que la palabra jubilación proviene del latín, del vocablo *jubilare*, con una influencia hebrea, que significa lanzar gritos de alegría. En primer lugar, constituye para mí una inmensa alegría poder participar, modestamente, en el merecido homenaje que en esta obra colectiva se tributa a nuestra querida amiga y ejemplar catedrática de derecho constitucional, Paloma Biglino. En segundo lugar, es muy probable que la profesora Biglino, a pesar del retiro forzado por la legislación funcionarial, sentirá una gran felicidad por la satisfacción de un deber ampliamente cumplido: haber enseñado a generaciones de estudiantes con su habitual magisterio y haber contribuido decisivamente a la formación y consolidación de un grupo de profesores e investigadores que, desde la Universidad de Valladolid, siguen y seguirán ayudando a construir un canon constitucional moderno y racional. No es poco, teniendo en cuenta los tiempos que corren.

Aunque es poco conocido, los atenienses vivieron dos episodios de justicia transicional, si se nos permite la expresión moderna, que se sucedieron en un lapso muy breve de tiempo en el contexto de lo que se conoce como la Grecia clásica. Tras el colapso de la primera oligarquía el 411 a.C., restauraron la democracia y adoptaron severas medidas de retribución, promulgando nuevas leyes para impedir que futuros tiranos intentaran hacerse con el poder. Lo que no hicieron fue atacar las razones de fondo que habían motivado el golpe de la oligarquía. Al retornar al poder en 403 a.C., el bando de los demócratas reaccionó de una manera diferente, usando la amnistía para consolidar

la reconciliación y promoviendo un profundo cambio *constitucional* para apuntalar la *politeia* el siglo siguiente, hasta al menos el 438 a.C. con la derrota ante Filipo de Macedonia.

Atenas llegó a la conclusión de que la amnistía servía para detener el ciclo de destrucción desencadenado en la guerra civil y así poder salvar la ciudad, aunque se incurriera en otras injusticias que se consideraban de menor importancia. Antes del 403 a.C. ya se conocían amnistías con consecuencias para el derecho, pero es muy probable que lo ocurrido en el cambio de siglo trajera causa de un cambio cultural profundo expresado singularmente en tragedias por todos conocidas: a través de las protagonistas de *Antígona* y *Electra* (Sófocles), por ejemplo, ya se había realizado una aguda reflexión sobre las consecuencias de elegir las leyes no escritas del clan y los valores aristocráticos, que en el fondo incitan a la venganza privada o pública, en detrimento de las leyes comunes que garantizaban la estabilidad de la sociedad. El recuerdo completo de los males sufridos no conducía necesariamente a la restitución de la paz deseada: la amnistía fue en la Grecia clásica una decisión política y judicial, una construcción cultural y un olvido institucional a la que se llegó a través de un diálogo sobre el pasado y el futuro[1].

Efectivamente, es muy corriente vincular la amnistía con el pasado y el olvido y el indulto con el futuro y el perdón. «La *amnistía*, como su misma palabra indica, representa el *olvido del delito*» (cursivas en el original), señalaba Federico Puig Peña en su voz para la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. La Real Academia de la Lengua define asimismo la amnistía como «El perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores». Añade que proviene del griego *amnēstía*, propiamente «olvido» o amnesia. Me propongo analizar en lo fundamental la semántica de la amnistía en Atenas en la última década del siglo V a.C., porque su novedosa utilización tras la tiranía de los Treinta está relacionada con el descubrimiento por parte de la democracia ateniense de una suerte de Estado de Derecho construido sobre la necesidad de un deber de olvidar la guerra civil o *stásis*[2]. Cualquier parecido con el presente puede considerarse un anacronismo histórico: en realidad, un antídoto contra las habituales ilusiones retrospectivas[3].

[1] Bertolín Cebrián, R., «Amnistía. El recuerdo y el olvido como libertad de elección». En Mollá Nebot, S., y Llanos Pitarch, J. M. (eds.), *La Mujer en la Literatura y en La Jurisprudencia. De Roma a la Actualidad*, Dykinson, Madrid, 2019, y Quillin, J. M., «Achieving Amnesty: The Role of Events, Institutions and Ideas», *Transactions of the American Philological Association,* 132, 2002, pp. 71-107.

[2] *Stásis* es un término técnico de la doctrina retórica a partir de Hermágoras de Temnos; en latín, *status causae*.

[3] Sobre el uso histórico del anacronismo, ver Fernández Sebastián, J., «Pasado irreversible, pasado irrevocable. De historia, anacronismos, crímenes, memoria y olvido». En Fernández Sebastián, J., y Tajadura Tejada, J. (dirs.), *Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho,* Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 108.

2. La crisis de la democracia en la Grecia clásica

Conviene tener no pocas cautelas cuando se habla de democracia en Atenas[4]. Desde un punto de vista descriptivo, la *demokratia* designaba una forma constitucional concreta, mientras que, desde un punto de vista ideológico o normativo, puede ser considerada como un conjunto de ideales políticos en el que los dos valores básicos conectados y realizados son la igualdad (*isegoría* e *isonomía*) y la libertad (*eleutheria*). Ahora bien, tampoco puede olvidarse que, al menos durante el siglo V a.C., dentro de la ciudad *krátos* era una palabra desprestigiada y *demos* solía designar un uso muy parcial para referirse al partido popular. Tendremos que llegar a Platón para que al final de la *República* se afirme que es en el alma de la ciudad donde reside la Constitución y la concordia —la *homónoia*— y que en la *politeia* ideal *krátos* no significa necesariamente la fuerza de la mayoría sino la razón consensual producida institucionalmente (de ahí que para designar a la democracia se prefiriera *politeia* o *polis*)[5]. Hay partidos en el alma porque hay partes del alma y solo un *krátos* legítimo puede poner fin a las luchas sediciosas e intestinas surgidas de la proyección de lo íntimo en lo público.

La construcción de la democracia ateniense que hoy conocemos a partir de las fuentes disponibles va asociada a determinados nombres y no es necesario extenderse en su explicación[6]. Solón llevó a cabo importantísimas reformas económicas y de la administración de justicia, reduciendo el papel de la aristocracia en el gobierno —creación del Consejo de los Cuatrocientos— y realizando una codificación de leyes que se conformaron desde entonces como el parámetro de la Constitución ancestral —*patrios politeia*— a la que siempre habría que retornar[7]. Clístenes instauró un nuevo órgano —el Consejo de los Quinientos— basado en la nueva división del Ática en diez tribus y creó la figura del ostracismo, destinado a evitar guerras civiles o *stásis* en el futuro[8]. Pericles, el gran estabilizador de la democracia durante el siglo V a.C. (461-429 a.C.), introdujo la paga diaria (*misthos*) primero para los jurados en los Tribunales Populares y luego para los consejeros y el resto de los magistrados, endureciendo además las condiciones para adquirir la ciudadanía: solo la lograrían los hijos legítimos de madre y padre ateniense.

---

[4] Sobre este concepto, ver Mény, Y., *Democrazia: L'eredità politica greca,* Ariele, Milán, 2022, pp. 167-181.

[5] Finley, M. I., *Democracy Ancient and Modern.* Rutgers University Press, New Brunswick, 1973, pp. 78 y ss.

[6] Para ello, véase el fascinante y no superado trabajo de Hansen, M. H., *La democracia ateniense en la época de Demóstenes*, Capitán Swing, Madrid, 2022.

[7] Sobre esta, ver Finley, M. I., *Uso y abuso de la historia*, Crítica, Barcelona, 1984, pp. 45-90.

[8] El ostracismo permitía enviar durante diez años a los líderes políticos que podían escindir el Estado al destierro civil. El destierro por ostracismo fue utilizado solo quince veces durante el siglo V, siendo la última vez en uno de los años 417-415, cuando la víctima fue el demagogo Hipérbolo. El procedimiento nunca se abolió, pero en el siglo IV a.C. era letra muerta.

El crecimiento del imperio ateniense y el miedo que tenían las otras ciudades Estado provocó la Guerra del Peloponeso (431-429). La muerte de Pericles estimuló, además, un gran cambio en la política ateniense: los nuevos liderazgos no provenían de la aristocracia emprendedora, sino de personajes cuya riqueza emanaba del trabajo esclavo de sus talleres. Cleón, Nicias o Alcibíades eran descritos como demagogos que trataban de persuadir al pueblo en la Asamblea en un contexto de creciente admiración —sobre todo entre la juventud— del ideal espartano de laconismo, orden y autoridad[9]. Tras el desastre de la expedición a Siracusa (415 a.C.) la oposición oligárquica —Pisandro y Terámenes— cargó la culpa del fracaso a las figuras demagógicas y logró imponer un golpe de timón en el 411 a.C. mediante la convocatoria de una Asamblea irregular fuera de la ciudad (Santuario de Poseidón) que terminó con la democracia. Justificándose en la vuelta a la Constitución ancestral se decidió eliminar el control de constitucionalidad de las leyes —*graphe paranomon*[10]—, acabar con los salarios públicos instaurados por Pericles y determinar que el gobierno recayera en un Consejo de Cuatrocientos que pretendía recordar el órgano creado por Solón.

El gobierno de los Cuatrocientos apenas duró cuatro meses —con un breve interludio en el que se devolvieron los derechos políticos a los cinco mil que podían sufragarse una equipación de hoplita— y la democracia fue restaurada en la primavera del 410. Trasilo y Trasíbulo convencieron a la flota de Samos de que se declarara única representante de la ciudad de Atenas, constituyéndose en asamblea (*Ekklēsia*) en el Pnyx y poniéndose de acuerdo para llevar enérgicamente a término la guerra contra los peloponesios y tratar a los Cuatrocientos como enemigos sin enviarles heraldos. La escena se presenta, en palabras de Tucídides, como un momento heroico de la gesta democrática ateniense, en el cual un grupo de exiliados vuelve a fundar la comunidad política[11]. Lo relevante de los héroes de Samos es que realizan el juramento tanto ciudadanos como metecos y esclavos para reinventar el sujeto político ateniense y que ese juramento implicó una serie de medidas de constitucionalización y de defensa militante de la democracia. En cuanto a las primeras, dejémoslas solo apuntadas: se dio comienzo a la revisión de las leyes ancestrales de Dracón y Solón mediante el nombramiento de legisladores específicos (nomotetas) porque la soberanía de la Asamblea a la hora de

[9] Estas y otras cuestiones en Sancho Rocher, L., *El nacimiento de la democracia. El experimento político ateniense (508-322 a.C.)*, Ático de los libros, Barcelona, 2021, pp. 192 y ss.

[10] La *graphe paranomon* era una acusación pública creada alrededor del 415 a.C., por la que cualquier ciudadano podía impugnar cualquier propuesta de ley o decreto del Consejo de los Quinientos o la Asamblea que fuera contrario a las leyes ancestrales. Una vez realizado el recurso -que también podía alcanzar a normas en vigor- el *psephisma* o norma de carácter general quedaba suspendida hasta que el Tribunal del Pueblo hubiera resuelto el caso.

[11] No sin cierta razón, hay quien lo ha relacionado implícitamente con la experiencia *gaulliana* de la Francia libre. La II República española, sin embargo, no pudo debido a las circunstancias completamente adversas, reconstruir la comunidad política desde el exilio. Al respecto, Isaac, J., *Les Oligarques. Essai d'histoire partiale*, Minuit, París, 1946.

aprobar leyes y decretos provocaba mucha inseguridad jurídica en el momento de determinar cuál era la norma aplicable en los conflictos presentados ante la justicia.

Por otro lado, la defensa de la democracia se expresó en la primera legislación anti-tiránica que conocemos en la historia: el Decreto y Juramento de Demofanto (410 a.C.), recogido en *Sobre los misterios* de Andócides, y la Ley de Eucrates previeron una acción personal, de carácter irregular, que es declarada justa y democrática: el asesinato impune del tirano determinaba que el que lo llevara a efecto fuera considerado *katharos*, es decir, limpio o inocente. Según la *Política* de Aristóteles, el procedimiento de *eisangelia* señalaba los tribunales que ponían las penas a los tiranos o traidores. Tras el correspondiente juicio, las leyes que promovían el tiranicidio promovían también la «santidad» del que acabara con la vida de tiranos y traidores, declarando *atimoi* a los tiranos o a los que se conjuraban con ellos[12]. Con el Decreto de Demofanto y la Ley de Eucrates, que permanecieron en vigor hasta la mitad del siglo IV a.C., se trataba de crear un mecanismo de excepcionalidad, quizá precedente de la figura del *Homo sacer* del derecho romano estudiado de forma tan brillante por Agamben, para evitar que los oligarcas tuvieran la tentación de explotar el estado de necesidad y concentrar poderes en sus manos[13].

Tales normas no se aplicaron de forma retroactiva, pero acompañaron una justicia de transición que, en cierto modo, puede ser considerada como «justicia de los vencedores». Varios oligarcas fueron juzgados y ejecutados por haber emprendido una embajada a Esparta cuando ya se conocía la oposición de los soldados de Samos. Otros muchos se exiliaron y volvieron en 403 para convertirse en miembros de los Treinta Tiranos, como veremos a continuación. Por último, los soldados que habían permanecido en la ciudad de Atenas durante el gobierno de los Cuatrocientos sufrieron la pérdida de sus derechos políticos[14]. La amnistía, como veremos, no era desconocida para los atenienses en esa época, pero se prefirió un modelo de enjuiciamiento del pasado muy diferente al previsto apenas siete años después, cuando se puso fin a la Guerra Civil tras la dictadura de los Treinta. Ello impidió, probablemente, la consolidación de un modelo de democracia *constitucional* que no podía levantarse únicamente sobre el desnudo principio de la mayoría proclamado por Pericles y recordado en letras de oro por Tucídides, que por cierto acaba su relato en el 411 a.C. Pongámonos en manos de Jenofonte y sus *Helénicas*.

---

[12] Recogemos explícitamente del excelente trabajo de Sancho Rocher, L., «La democracia y el Areópago en la segunda mitad del siglo IV a.C.: del *Areopagítico* de Isócrates al caso de Hárpalo», *Erga-Logoi* 9\1, 2021, pp. 78 y 55.

[13] Lombardini, J., «Responding to Emergency in Democratic Athens: The Case of Anti – Tyranny Legislation», *Polity,* 47\4, 2015, pp. 461-483. Agamben, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida. I,* Pre-Textos, Valencia, 2005.

[14] Teegarden, D., *Death to Tyrans! Ancient Greek Democracy and the Struggle Against Tyranny*, Princeton University Press, Nueva York, 2014.

3. La segunda oligarquía y su caída

El origen del segundo gobierno tiránico se encuentra en el juicio y condena a los generales que no rescataron a los marinos supervivientes tras la gran victoria sobre la flota de Esparta en las Islas Arginusas en 406 a.C. La acusación contó con una cuestión de ilegalidad por no realizarse de acuerdo con las formalidades procesales y la llevó a cabo un tal Calíxeno: el *demos* la rechazó en la Asamblea al grito de que «sería terrible que no se permitiese al pueblo hacer lo que quisiera»[15]. El episodio, que muestra el concepto de soberanía irrestricta que estaba imponiéndose, reavivó viejas diferencias y provocó la elección de generales de reemplazo con lealtad democrática, pero sin experiencia militar, lo que condujo a una severísima derrota en la batalla de Egospótamos en 405 a.C. Tras esta derrota llegó la imposición, por parte de Esparta y Lisandro, quien lideraba las fuerzas navales, de un tratado de paz aprobado por decreto bajo coacción en la Asamblea, que instauraba una nueva dictadura, permitía el retorno de los oligarcas exiliados y la instalación de un gobierno —de los Treinta Tiranos— de carácter terrorista[16].

De esta forma, cada uno de los miembros del gobierno debía probar su valor matando a un meteco, llegando a ser asesinados más de mil quinientos ciudadanos a partir de acusaciones infundadas[17]. Sin duda, uno de los motivos de esta crueldad fue la venganza y el rencor político: el líder de los oligarcas, Critias (tío de la madre de Platón), había sido desterrado de la democracia en el 411 a.C. No hay que descartar, en cualquier caso, que para algunos oligarcas el objetivo fuera reconstruir Atenas según el modelo de austeridad espartano o, simplemente, obtener réditos económicos. En cualquier caso, para consolidar su poder, los Treinta crearon un cuerpo privilegiado de ciudadanos, al que se llamó los Tres Mil, y expulsaron al resto de la ciudad. Una guarnición espartana tomó el Acrópolis y trescientos portadores de látigo se constituyeron en toda la ley existente para los que se quedaron en Atenas. Terámenes, que puede considerarse un oligarca moderado, protestó contra la severidad de los actos del gobierno tiránico y fue ejecutado en el acto.

Los exiliados se asentaron en Fileo, lugar fortificado en el linde con Beocia, al mando de Trasíbulo, militar que, como hemos señalado, había combatido a los Cuatrocientos y que bien podría haberse convertido en un digno sucesor de Pericles[18]. En la batalla campal de Muniquia, cerca de las ruinas de los Muros Largos, las fuerzas oligárquicas

[15] Jenofonte, *Helénicas*, Gredos, Madrid, 1953, I. VII.

[16] MacDowell, D., «Law – making at Athens in the fourth century B.C.», *Journal of Hellenic Studies,* 95, 1975, pp. 62-74.

[17] Se sabe de manera más o menos fehaciente, que el número de ciudadanos en la Atenas del siglo IV a.C. se estabilizó en treinta mil. Con respecto al siglo V, se apunta que la cifra más alta correspondería con el periodo de Pericles, reduciéndose a la mitad como causa de la Guerra del Peloponeso y las epidemias. Sin datos exactos sobre el siglo V, véase Jones, A. H., *Athenian Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1957, pp. 75-96.

[18] Sobre su figura, ver Buck, R. J., *Thrasybulus and the Athenian Democracy: The Life of an Athenian Statesman*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1998.

fueron vencidas y Critias cayó en combate. Los oligarcas sacaron un último as de la manga sustituyendo a los Treinta por una Comisión de Diez, que se suponía tendría que mediar entre aquellos y los demócratas, pero simplemente se terminó comportando como los Treinta. La Comisión apeló a Esparta y cuando Lisandro se disponía a invadir de nuevo Atenas con todo a su favor, su rey, Pausanias, se presentó en el Ática con un ejército espartano poniendo fin a la *stásis* e imponiendo un compromiso: los atenienses podrían recuperar la democracia si dejaban que los oligarcas crearan su propia ciudad en Eleusis, al noroeste del Ática. En el otoño de 403 a.C., los demócratas volvieron en triunfal procesión a Atenas.

El ejército de Trasíbulo estaba compuesto, principalmente, de exiliados que habían sido expulsados de la ciudad por los Treinta. Sin embargo, según iban avanzando las victorias parciales (del Fileo al Pireo), el ejército iba ampliándose con ciudadanos y funcionarios de Atenas que habían permanecido leales o indiferentes a la dictadura y, lo que es más importante, con metecos y esclavos que participaron en los combates junto a los demócratas. Trasíbulo propuso dos decretos que son aludidos en la *Constitución de Atenas* de Aristóteles: el primero, de 403 a.C., fracasó por el procedimiento de ilegalidad (*graphe paranomon*) interpuesto por Arquino y pretendía otorgar la ciudadanía a todos los combatientes del Pireo, fueran metecos o esclavos[19]. El segundo, que fue aprobado por la Asamblea en 401 a.C, otorgó a los extranjeros que habían participado en el ejército de Trasíbulo la nacionalidad —lo que implicaba no el ejercicio de derechos políticos plenos, sino la aplicación de las mismas leyes que a los atenienses ciudadanos— y el privilegio fiscal de la *isotelia*, que era una excepción tributaria prevista para los metecos.

4. La amnistía del 403 a.C en Atenas: origen, etimología y praxis

Como ya hemos dicho, la historiografía sobre Atenas ha detectado amnistías previas a la decretada el 403 a.C. En particular, en 594 a.C., las dos facciones enfrentadas otorgaron a Solón carta blanca no solo para reformar las leyes, sino para promulgar un perdón que restauró los derechos políticos de quienes habían sido privados de ellos, excepto de aquellos que habían sido condenados al exilio acusados de homicidio, o por haber buscado instaurar una tiranía[20]. Más cercanamente, se suele olvidar que, tras la ya aludida derrota de Egospótamos, los espartanos obligaron a Atenas a destruir los Muros Largos, disolver su imperio naval y realizar una amnistía para todos los exiliados, en particular los oligarcas que se habían marchado entre el 411 y el 410 a.C[21]. Por úl-

[19] Sobre esta y otras cuestiones en torno al concepto de ciudadanía en Atenas, ver Manville, F. B., *The Origins of Citizenship in Ancient Athens*, Princeton University Press, Nueva York, 1990.

[20] La referencia, en Plutarco, *Vidas paralelas. Vol. II,* Gredos, Madrid, 2016.

[21] Hansen, M. H., *op. cit.*, p. 99.

timo, Heródoto relata la historia de una obra de Frínico que recordaba la sublevación de Jonia en 494 a.C. y cómo los persas aplastaron apoderándose de Mileto: tras su estreno el autor fue multado por decreto de la Asamblea por haber evocado la calamidad, prohibiendo su representación en lo sucesivo[22].

En 403 a.C., probablemente, se conocía el vocablo *amniestía* que estaba emparentado con la amnesia. Sin embargo, no era usado por los griegos en el sentido actual. Es Platón el que lo emplea con esa orientación en *Menéxeno* y, a propósito de Atenas, Plutarco habla por primera vez de «decreto de amnistía» o *psephisma amnestías* en sus *Consejos políticos*[23]. En ambos casos, la amnistía es usada de forma retrospectiva y estaba concebida como perdón u olvido para sanar las heridas y el trauma de la guerra civil en el cuerpo político. No tenemos espacio para abordar la cuestión de forma pormenorizada, pero en la Grecia clásica y en particular Atenas, la *stásis* es una especie de umbral excepcional, que resuelve la tensión entre el *oikos* y la *polis*: no resulta ajeno a nuestro entendimiento la idea de que cuando ocurre una guerra civil la esfera familiar de lo íntimo se politiza en forma de ciudadanía en armas e, inversamente, la ciudadanía se despolitiza en formas de solidaridad familiar inesperadas y a veces crueles[24]. Recuérdese, en tal sentido, que existía una ley de Solón que castigaba con la *atimia* o pérdida de derechos políticos a los que en una guerra intestina no combatieran con ninguna de las facciones enfrentadas y se mantuvieran neutrales[25].

La segunda oligarquía de Atenas desemboca en una Guerra Civil, y tras la misma se pone en marcha una forma de justicia transicional distinta a la primera[26]. En vez de «justicia de vencedores», tenemos un proceso de reconciliación impulsado por el rey Pausanias que se componía de tres partes. La primera, un Tratado —probablemente informal— en el que se permitía la emigración de los oligárquicos a la ciudad de Eleusis en un plazo determinado y el pago del dinero e intereses pedido en forma de préstamo a los lacedemonios por parte de los Treinta Tiranos en exclusiva[27]. La segunda parte también es otro decreto de la Asamblea que proclama la siguiente prohibición: *me mnēsikakēin* o «está prohibido recordar desgracias» (o quizá guardar rencor). *Mnēsikakēin* es sin duda un término jurídico, que se refiere a la posibilidad de perseguir legalmente a aquellos que hagan un uso ofensivo de la memoria. Ello encuentra verdadero sentido en la tercera y última parte de la reconciliación ateniense: se realizó un juramento público

[22] Heródoto, *Historia*, Gredos, Madrid, 1981, p. 238.

[23] Plutarco, *Consejos políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

[24] Con referencias a la antigüedad, imprescindible el volumen de Rogrigo, J., y Alegre, D., *Comunidades rotas. Una historia global de las guerras civiles, 1917-2017*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2019.

[25] Agamben, G., *Stasis. La guerra civile como paradigma político. Homo sacer, II, 2*, Bollati Boringhieri, Turín, 2019, pp. 23-27.

[26] Elster, J., *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 21-32.

[27] Sobre el contenido de este Tratado, ver Loening, T., *The reconciliation agreement of 403-402 B.C. in Athens*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1987.

—demócratas y oligarcas— por el cual cada ciudadano se comprometía «a no recordar las desgracias pasadas» (*ou mnēsikakēso*).

A diferencia de la actualidad, el juramento en la Grecia clásica es un acto absolutamente solemne constitutivo de la vida en la ciudad, hasta el punto de que en ocasiones no es fácil distinguir un juramento de una ley (era habitual que la aprobación de tratados y decretos estuviera *sancionada* por el juramento de los presentes en la Asamblea). En tal sentido, aunque hubo quienes desearon recordar las desgracias —en cierto modo eso parecen ser los alegatos de Lisias en *Contra Eratóstenes y Contra Agorato*— hubo por lo menos un ciudadano que empezó a *mnēsikakēin* y que, según Aristóteles, fue llevado por Arquino ante el Consejo de los Quinientos y condenado a muerte sin juicio previo. Arquino, tenido por un hombre político moderado —frente a Trasíbulo— produjo un chivo expiatorio anónimo para que nadie más recordara las desgracias: se trataba de sellar y salvar a cualquier precio la reconciliación (*diallage*) y la concordia democrática (*homónoia*)[28].

La amnistía excluía a cuatro grupos, a no ser que estos se «prestaran a rendir cuentas»: los Treinta Tiranos, los Diez que los sucedieron en un breve periodo de tiempo de transición antes de la restauración de la democracia, los Once responsables de ejecutar las órdenes de los Treinta y los gobernantes del Pireo, que habían administrado el puerto en beneficio de la oligarquía. La referencia a «rendir cuentas», según Elster, alude a la evaluación *ex post* a la que todo funcionario se encontraba sujeto[29]. Normalmente, la evaluación estaba a cargo de un jurado popular elegido por sorteo del que podía formar parte cualquier ciudadano, o incluso de la Asamblea en su totalidad. El juicio por homicidio o asesinato era posible solo cuando el acusado había «matado con sus propias manos» (*autocheiria*). Sin embargo, los medios que los Treinta habían empleado para eliminar a la oposición complicaban a los potenciales demandantes demostrar que había habido *autocheiria* en el sentido más estricto: pocas víctimas de la oligarquía encontraron la muerte sin algún tipo de acusación o decisión con apariencia de formalidad[30].

En tal sentido, bien puede afirmarse que la praxis del pacto de reconciliación estuvo dirigida casi siempre a la salvaguardia de la concordia democrática. La disposición más significativa del Tratado citado era la distinción entre los bienes confiscados que habían sido vendidos a particulares y aquellos que permanecían en manos de la ciudad durante los Treinta. Pues bien, en la práctica, con respecto a los primeros, que podían

[28] Aristóteles: *La Constitución de Atenas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 147: «Cuando alguien de los que habían regresado empezó a recordar el pasado, le llevó —Arquino— ante el Consejo y consiguió que fuera muerto sin formación de causa, diciendo que entonces habrían de mostrar si querían salvar la democracia y guardar los juramentos, puesto que si absolvían a ese servirían ellos mismos para animar a los demás, y si le mataban, darían con ello ejemplo a todos. Y les convenció de esto, y con la muerte de aquél, nadie jamás después recordó el pasado». El concepto de chivo expiatorio desde la Antigua Grecia, en Girard, R., *El chivo expiatorio*, Anagrama, Barcelona, 2006.

[29] Elster, J., *op. cit.*, p. 27.

[30] Loening, T., *op. cit.*, p. 83.

ser reclamados legítimamente tanto por los antiguos propietarios como por los nuevos, la interpretación favoreció a los nuevos, que, si bien no eran necesariamente oligarcas, se habían beneficiado de la tiranía[31]. Asimismo, pese a lo establecido en el propio Tratado, el conjunto de la ciudad se hizo cargo del reembolso de todas las deudas que los oligarcas habían contraído con los espartanos para hacer la Guerra[32]. La retórica patriótica y democrática de los oradores del siglo posterior —por ejemplo, Demóstenes— se nutrió en bastantes ocasiones de esta muestra de generosidad financiera.

La política voluntarista llevó también, a Arquino, a tomar dos medidas excepcionales para reforzar materialmente los objetivos de la amnistía: la primera, de carácter alegal, fue suprimir los últimos días de plazo para que los oligarcas se pudieran inscribir y emigrar a Eleusis[33]. De esta forma, se trató de mantener la integridad del cuerpo cívico que había acordado la *homónoia*, pues de lo contrario el exilio concomitante de mucha de la gente de la ciudad habría modificado el equilibrio de poder en favor de los demócratas más radicales seguidores de Trasíbulo. La segunda, fue la promulgación de un procedimiento de *paragraphe* o contraacusación para intentar desalentar los intentos de presentar demandas que violaran el juramento de no recordar: «si alguno hiciera una acusación contra lo jurado, permítasele al acusado interponer un recurso y que los magistrados sometan al Tribunal esto con prioridad»[34]. El fin más general de esta medida legal era mostrar que el Tratado de reconciliación no había sido impuesto por los oligarcas o sus aliados de Esparta, sino libremente elegido por los demócratas en su conjunto para promover el bien de la ciudad.

5. La amnistía y la refundación constitucional de Atenas

En su ya célebre libro *La ciudad dividida*, Nicole Loraux reconstruyó de la siguiente manera el compromiso de Atenas tras el regreso a la ciudad de los demócratas en octubre de 403 a.C.: el juramento pronunciado públicamente, que vinculaba jurídicamente a todos, correspondía a una forma paradójica de recuerdo negado en un sentido *freudiano*, un olvido memorable para conjurar el peor de los horrores: la guerra civil o

[31] Elster, J., *op. cit.*, p. 29.

[32] Aristóteles, *op. cit.*, 40, p. 147.

[33] Aristóteles, *op. cit.*, 40, p. 145.

[34] Isócrates: *Contra Calímaco*, Gredos, Madrid, 1979, pp. 2-3. En cuanto a los casos de persecución judicial, tales como los de Eratóstenes, Agorato, Sócrates o Andócides, solo cabría concluir que constituirían ejemplos de violación de la prohibición de recordar si hubieran sido acusaciones relativas al pasado. Los casos de Sócrates y Andócides son distintos. Las acusaciones que los llevaron ante los tribunales aparentemente no tenían que ver con los sucesos de 404/03, pero no es así, pues en el fondo se les buscaba por oligarcas y las acusaciones respectivas pretendían establecer a las claras su animadversión hacia las prácticas democráticas y su implicación en la formación de la teoría de la oligarquía (Sócrates) o el desprecio de las creencias populares (Andócides). Al respecto, Sancho Rocher, L., «La tradición sobre la paz en el mundo griego. La *homónoia* democrática del 403», *Veleia,* 18-19, 2001-2002, p. 197.

stásis. Por *olvido memorable* hay que entender un episodio de control de la memoria por el que los demócratas prometen no usar políticamente el recuerdo y los oligarcas no guardar rencor. Así pudo afirmar Aristóteles en *La Constitución de Atenas* que «los atenienses han usado sus desgracias pasadas de la forma más bella»[35]. Identificado lo político con el conflicto, se promueve la inhibición activa de la guerra civil recuperando míticamente el término medio (*mēson*) y la moderación de Solón: equidistancia entre los demócratas con ansias de justicia y los oligarcas con intenciones vengativas[36].

Esta perspectiva pacificadora e idealista se corresponde, además, con las medidas simbólicas que han permitido con posterioridad recordar el 403 a.C. como un momento de auténtica refundación de la comunidad política: se inauguró un culto de la demokratia y se instauró una fiesta de la libertad en honor del retorno de Fileo el 12 de Boedromión. Se alude a Fileo por la pureza democrática de los que inicialmente siguieron a Trasíbulo y no al Pireo, donde las fuerzas del exilio estaban ya mezcladas con figuras menos honorables de la ciudad oligárquica que se unieron sobre la marcha por interés o miedo a la derrota. Por último, se elimina del calendario —lo sabemos por Plutarco— el 2 de Boedromión recordando el episodio mítico donde viendo negada Poseidón su candidatura al rango de divinidad políada por Atenea, aquél tomó la derrota con mansedumbre. La metáfora con respecto a lo ocurrido el 403 a.C. parece evidente: estaríamos ante un borrado voluntario de los males políticos de la sociedad consecuencia del olvido memorable citado[37].

La visión irénica aquí descrita del decreto y juramento de amnistía se ha visto parcialmente contestada con posterioridad[38]. Como ya hemos apuntado, la historiografía ha detectado numerosas denuncias por ilegalidad (*graphe paranomon*) presentadas entre 403 y 399. Trasíbulo, el héroe militar caído en la indiferencia fue su víctima más conocida con la excepción presentada por el político Arquino ante el decreto de ampliación de ciudadanía. Ahora sabemos que las acciones legales en forma de denuncias y rendición de cuentas buscaban por parte de los demócratas la condena de no pocos oligarcas que, sin embargo, reclamaban la aplicación de penas severas contra quienes osaban transgredir el compromiso sagrado realizado a través del juramento. Conviene recordar que en la Grecia clásica los procesos judiciales (*dikē*) tenían un alcance potencialmente sedicioso[39].

---

[35] Aristóteles, *op. cit.*, 40, pp. 145 y 146.

[36] Véase Loraux, N., *La ciudad dividida. El olvido en la memoria de Atenas,* Katz, Buenos Aires, 2008, pp. 145 y ss.

[37] Mikalson, J. D., *The sacred and civil Calendar of the Athenian Year*. Princeton, Nueva York, 1975, p. 53.

[38] En particular, Canfora, L, *El mundo de Atenas*, Anagrama, Barcelona, 2014, pp. 411 y ss.

[39] Loraux, N., *op. cit.*, habla de «justicia como división», pp. 233-248. No era infrecuente que los antagonismos políticos se salieran en ocasiones del marco de los tribunales. Para someter a sus enemigos a su influencia, los litigantes no vacilaban a la hora de recurrir a tablillas de maldición, compuestas por finas láminas de plomo, a menudo de forma rectangular, enrolladas o dobladas y a veces perforadas por clavos. En ciertos casos se encontraban asociadas, además, a figurillas de maleficio que representaban a las personas aludidas por el ritual. Carastro, M., «Les liens de l'écriture. *Katadesmoi* et instances de l'enchaienement». En Cartry, M.; Durand, J.-L., y Koch, R. (dirs.), *Architecturer l'invisible. Autels, ligatures, écritures*, Brepols, Turnhout, 2009, pp. 263-291.

Por otro lado, no puede dejarse de lado el hecho de que los oligarcas fueron brutalmente metidos en cintura, aun cuando disfrutaban, gracias al Tratado de reconciliación, de un refugio garantizado en Eleusis. Por efecto de vagos rumores, los atenienses lanzaron una expedición masiva contra ese bastión oligárquico en 401/400, tomaron la plaza y eliminaron físicamente a muchos de los vencidos, haciendo reiterar, a los supervivientes, el juramento de amnistía[40].

Es por esta razón que en la actualidad se considera el pacto de reconciliación del 403 como un proceso que navega entre un estado de excepción arcaico y un modelo de justicia transicional moderno: estaríamos ante un clásico ejemplo termidoriano en el que vence el «partido moderado» —Arquino frente a Trasíbulo— que busca la continuidad entre lo viejo y lo nuevo, postergando a los más radicales y tratando de conciliar la voluntad de castigar a los verdugos de la dictadura con la necesidad de impedir todo retorno a la violencia[41]. La tesis del «extremo centro», en el que el pragmatismo político emerge a través de una corriente mayoritaria que impone la moderación no es ajena a la política contemporánea: véase el retorno del general de Gaulle en el marco de la crisis de la IV República francesa o la propia Transición española[42]. Ambos procesos, con sus diferencias notables, revelan la importancia que el miedo y el temor han jugado en la reconstrucción de los sistemas constitucionales y democráticos de la segunda posguerra mundial, sobre todo cuando están precedidos no de revoluciones políticas utópicas sino de eventos más o menos traumáticos como guerras civiles y episodios de violencia a gran escala[43].

La amnistía trajo la concordia —hoy diríamos consenso— y la concordia la refundación democrática[44]. Ahora bien, esta refundación democrática no significó profundización en los mecanismos participativos o asamblearios: después del 403 Atenas descubre el valor del Estado de Derecho incorporando instituciones que transforman el «gobierno de los hombres» en el «gobierno de las leyes»[45]. Resulta importante evitar toda posible transferencia metodológica desde el presente: el concepto de «Constitución» o de «derecho constitucional» se concebía en la Grecia clásica desde un punto de vista

[40] Jenofonte, *op. cit.,* 4, p. 43.

[41] Esta es la tesis de Azoulay, V., e Ismard, P., *Atenas 403. Una historia coral*, Siruela, Madrid, 2023, en especial el capítulo 3.

[42] Serna, P., *L'extrême centre ou le poison français: 1789-2019*, Champ Vallon Editions, París, 2019.

[43] Shklar, J., *Gobierno de la ley y liberalismo del miedo,* Página Indómita, Barcelona, 2021.

[44] Cicerón delineó conceptualmente el consenso en los seis libros fragmentariamente conservados de su tratado *De Re Publica* (Sobre el Estado). En este tratado se equiparaban «concentus», como noción musical, «consensio», como idea psicológica, y «concordia», como categoría política. Esta última, la que más nos interesa aquí, expresaba según Cicerón aquella base ineludible de la convivencia social sobre la cual no existe enfrentamiento radical sino «benevolentium concertatio», principio sin el que la sociedad deja de ser tal y se termina disociando. Estas y otras cuestiones, en Herrero de Miñón, M., «Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional», *Revista de Estudios Políticos,* 9, 1979.

[45] Por todos, el conocido trabajo de Ostwald, M., *From popular sovereignty to sovereignty of law,* University of California Press. Berkeley, 1986.

puramente descriptivo. No se trataba de normas que impusiesen una forma de organizar el Estado o la ciudad, ni que fijasen ciertos derechos o libertades, sino que se identificaba con un régimen de gobierno o política que en el propio Aristóteles sí alcanza un cierto grado de idealismo en la combinación del gobierno mixto (monarquía, aristocracia y democracia)[46].

En cualquier caso, está demostrado que la estrategia de Arquino y el uso político de la memoria sirvieron para transformar la organización de la ciudad durante el siglo IV. Destacan sobremanera dos cuestiones de especial trascendencia jurídico-constitucional. La primera, ya aludida, es que sobre el 401/400 a.C. los nomotetas terminaron su labor de recopilación de las leyes de Solón y Dracón iniciada el 410[47]. El nuevo corpus legal no se mantuvo, por supuesto, inalterado, y las correcciones se hicieron tan abundantes con posterioridad que se tuvo que dejar de publicarlas en piedra: desde entonces las leyes originarias se escribían en papiro y se guardaban en un archivo de reciente creación. La escritura comenzó así a adquirir una creciente importancia, hasta el punto de convertirse, en cierta forma, en garante del orden cívico: una ley de 402 a.C. estipuló que los magistrados no debían en ningún caso usar una ley no escrita, hallándose desde ese momento la soberanía del pueblo limitada por la autoridad de la ley. Esta armonización se extendió incluso a la grafía adoptada para escribir las normas. Paradójicamente, en el momento en el que los atenienses reconciliados retornan a la Constitución de sus ancestros (*patrios politeia*), deciden dar la espalda a su patrimonio lingüístico adoptando el alfabeto jónico para transcribir sus documentos oficiales[48].

La segunda es que la concordia u homónoia impulsó un nuevo modelo político donde las leyes pasaron a ser consideradas normas superiores que a todos interpelaban. Los atenienses no tenían categorías propias referidas a las fuentes del derecho, pero prescribían las normas de acuerdo con el procedimiento de elaboración. La modificación de una ley, que podemos considerar como constitucional, era un proceso complejo que involucraba a todas las instituciones de la ciudad: el Consejo de los Quinientos, los nomotetas, la Asamblea de ciudadanos y los arcontes. La prohibición de leyes no escritas solo podía conducir a una conclusión lógica que hoy conocemos bien: si una nueva ley era inconsistente con los decretos de la Asamblea, los decretos quedaban derogados y, si un nuevo decreto era contrario a las leyes en vigor, el decreto debía ser anulado de inmediato. El sistema, que parece fundarse sobre criterios de jerarquía y no de temporalidad, tenía su propio mecanismo de depuración de normas, pudiendo los nomotetas anular de oficio decretos previos inconsistentes con las nuevas leyes y los ciudadanos

[46] Fernández Sarasola, I., *La reforma constitucional. Pasado, presente y futuro*, Trea, Gijón, 2019, pp. 22 y 23.

[47] Canevaro, M., «*Nomothesia* in Classical Athens: What Sources Should We Believe?», *The Classical Quarterly,* 63\1, 2013, pp. 139-160.

[48] Azoulay, V., e Ismard, P., *op. cit.*, pp. 120 y 121.

presentar la *graphe paranomon* o control de legalidad para que el Tribunal del Pueblo decidiera en caso de decretos posteriores a leyes en vigor[49].

En definitiva, la amnistía del 403 a.C. y la reconciliación que posibilitó fue una ruptura no solo porque marcase el advenimiento de una Atenas más moderada en todos los aspectos, sino porque permitió una apertura del cuerpo cívico hacia un cierto pluralismo e hizo que la ciudad entrase en lo que Hartog denomina como nuevo «régimen de historicidad»[50]. Este régimen privilegiaba la estabilidad jurídica frente a la soberanía irrestricta en un contexto de transformación de la relación del tiempo (*kairós*) con la justicia. En la Atenas pacificada con fórceps, nació una forma más consensuada —y artificial— de escribir la historia de la comunidad política que también puede ser considerada un antídoto contra las habituales ilusiones prospectivas.

[49] Todo el mecanismo *constitucional* explicado con pulcritud por Hansen, M. H., *op. cit.*, pp. 277-290.
[50] Hartog, F., *Regimi di storicità*, Sellerio editore, Palermo, 2007.

PARTE VI

ESTUDIOS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO 22
SOBRE PERSONAS Y DERECHOS

Ascensión Elvira Perales
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

En las páginas que siguen es obvio que resulta imposible abordar los ingentes problemas y matices que plantea la titularidad de derechos, de manera que solo pretendo esbozar (caricaturizar) algunas de las inquietudes que me han suscitado trabajos previos y otras que me han surgido en el camino.

Espero en algún momento retomar algunas de las propuestas y prestarles la atención y el tiempo que merecen.

1. La persona y el derecho

El término «persona» procede originariamente del griego, para pasar después al etrusco y al latín, con el significado de «máscara», haciendo referencia a la máscara que se ponían los actores para interpretar un personaje, de ahí pasó a hacerse equivalente a sujeto de derecho; como dice Neirinck la «persona» (la máscara) ha dotado al «mamífero del orden de los primates del poder jurídico de ser un actor en la escena abstracta del derecho»[1]. El término ha logrado tal fortuna que «persona» se ha convertido en sinónimo de ser humano, pues «responde a una necesidad de reconocimiento social de individuos y grupos que el derecho mismo admite bajo la forma del derecho a tener derechos»[2].

[1] Neirinck, Claire, «La personnalité juridique et le corps». En Bioy, Xavier (ed.), *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2013, https://doi.org/10.4000/books.putc.3016, p. 57. Como indica posteriormente: «l'acte de naissance enregistre définitivement des informations réelles et biologiques qu'il traduit en statut juridique» (p. 61).

[2] Bioy, Xavier, «Le droit à la personnalité juridique», en la obra citada en la nota anterior, p. 108. En ambos casos, traducción propia. Del mismo autor, *Le concept de personne humaine en Droit Public*, Dalloz, París, 2003.

La «persona» ha ido adaptándose a los cambios sociales y consecuentemente jurídicos que se han sucedido a lo largo de la historia, uno de esos cambios significativo fue el producido tras la revolución francesa y el nacimiento del Estado moderno cuando se quiso acabar con las divisiones personales que imponía el antiguo régimen: una misma ley para todos y eliminar las distinciones entre gremios o estamentos, la única distinción restante era la que distinguía entre hombres y ciudadanos (eso sí, con exclusión de las mujeres); la ley era concebida como abstracta y general, encarnación de la igualdad formal.

La postergación de la mujer inicia su superación con el reconocimiento del voto femenino, el cual se logra principalmente tras la I Guerra Mundial, aunque en algunos Estados, incluso avanzados, se aprueba de manera más tardía, como en la propia Suiza (1971)[3]. Años después, la promoción de la mujer se ha venido desarrollando con políticas a las que haremos referencia más adelante.

En términos generales, la igualación formal se vio alterada con la llegada del Estado social y la necesidad de aprobar leyes destinadas a mejorar las condiciones de determinados colectivos, de modo que, de nuevo, surgen distinciones sociales de carácter legal, si bien entonces no para dividir a la sociedad, sino para lograr una más equilibrada.

Un nuevo hito lo marcó, tras la II Guerra Mundial, la proclamación de la universalidad de los derechos humanos, puntualizándose después en sucesivas declaraciones, entre ellas el PIDCP, cuyo al artículo 16 predica que «Todo ser humano tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica», es decir la base de la capacidad para ser titular de derechos. No obstante, conviene hacer una precisión: en ese precepto no se exige otorgar, sino reconocer una personalidad ya atribuida por un Estado, de modo que una obligación de reconocimiento en el sentido de otorgamiento solo se derivaría para los apátridas[4].

La (supuesta) universalidad de los derechos humanos tendría su traslación a los derechos fundamentales reconocidos por cada Estado. Ante ese panorama podría pensarse que el reconocimiento de los sujetos de los derechos se simplificaría y que solo en Estados no democráticos o sin plenos derechos para el conjunto de la población o parte de ella seguiría planteando debate. Sin embargo, como se intentará mostrar en las siguientes páginas, esto no es así, pues nuevas situaciones y nuevos derechos han llevado a cuestionar quiénes son su s titulares o las relaciones entre ellos.

A esto se une el afán por reconocer nuevos derechos fundamentales, en muchos casos sin contornos precisos y sin tomar en consideración dos aspectos: uno, que la multiplicación de derechos lleva a su banalización; otro, que los derechos fundamentales se definen por una serie de características que claramente no poseen buena parte de esos

[3] Incluso uno de sus cantones, Appenzell Innerrhoden, lo hizo en 1990 por decisión del Tribunal Supremo Federal al declarar inconstitucional la práctica seguida en ese cantón (27/11/1990).

[4] Bioy, Xavier, «Le droit à la personnalité juridique», en la obra citada en nota 1, parr. 44.

que ahora pretenden convertir en tales, como son, básicamente, su indisponibilidad para el legislador y su aplicabilidad directa.

Nuevos titulares de derechos afloran con esa creación de nuevos derechos, a la cual se llega por dos vías diferentes: una, la caracterización como derechos de enunciados constitucionales a los que originariamente se les atribuiría otra naturaleza; otra, por dotar de nuevas interpretaciones de los ínsitos en el texto constitucional o directamente por el reconocimiento de derechos *ex novo*.

Los problemas o las dudas en torno a las personas y a la personalidad jurídica se plantean desde diferentes ángulos, a continuación, haremos referencia a algunos de ellos.

2. Nacionalidad y ciudadanía

La atribución o reconocimiento de la nacionalidad ha sido uno de los extremos claramente vinculados a la soberanía estatal, sin embargo, en la actualidad, también es cuestión que plantea significativos problemas y que, en ocasiones, da lugar a la intervención de instituciones supraestatales para la resolución de conflictos. Uno de esos supuestos se plantea en relación con ciertos casos de maternidad subrogada y su falta de reconocimiento o su prohibición en muchos Estados. La cuestión evidencia que, por un lado, se quiere castigar a aquellas personas que tratan de burlar la prohibición estatal generalmente acudiendo a otros Estados en los que sí está permitida esta práctica o existe un vacío legal; por otro lado, nace la necesidad de proteger a los menores y de otorgarles derechos. Esta dualidad ha llevado, en el caso de Europa, a la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual ha instado a reconocer a los menores la nacionalidad de sus receptores y con ella los derechos inherentes a la misma, si bien con diferente alcance en función de las circunstancias concretas[5]. De esta forma, se protege al menor, pero el problema de fondo subsiste.

Desde otro ángulo, al concepto de nacionalidad se liga al de ciudadanía, mediante el cual se atribuyen derechos políticos a los nacionales. Pues bien, el concepto de ciudadanía también se ha visto alterado en los Estados miembros de la Unión Europea, donde la ciudadanía dejó de ser única a raíz del Tratado de Maastricht al crearse una ciuda-

[5] Así en el caso Paradiso y Campanelli c. Italia, S. de 24 de enero de 2017, declara la no violación del artículo 8 CEDH y legitima, en consecuencia, la postura del Estado de separación del menor. Caso Labassee c. Francia, STEDH de 24 de junio de 2014, por el contrario, reconoce el derecho del menor a ser reconocido como hijo de los otros dos recurrentes para así precisamente permitir el pleno reconocimiento de su vínculo jurídico con el Estado en el doble sentido de nacionalidad e identidad. En sentido similar D. B y otros c. Suiza, STEDH de 22 de noviembre de 2022.

Estas situaciones son fruto de la «globalización», de la carencia de una conveniente regulación universal, pero también de un nuevo tipo de explotación.

danía europea, de modo que todo nacional de un Estado miembro de la Unión gozará, junto a la nacionalidad propia, del *status* de ciudadano europeo y de los derechos que lleva aparejados, lo que reporta innegables ventajas, en particular poder ejercer la libertad de circulación. Esta situación ha provocado, a su vez, que problemas asociados a la pérdida de la nacionalidad (cuestión tradicionalmente vinculada a la soberanía nacional), en ocasiones, hayan conducido a que fuera llamado a pronunciarse el TJUE[6], precisamente por la afectación a la ciudadanía europea al perder la nacionalidad de un país miembro. De igual manera, el TJUE ha conocido de supuestos en los que la expulsión de progenitores, nacionales de terceros Estados, pudiera afectar a los derechos de hijos menores, ciudadanos europeos[7], o también en casos de reconocimiento de vínculos de parentesco reconocidos por otro Estado miembro y negados en el de residencia[8].

Así mismo en torno a la ciudadanía nacional, el derecho más básico vinculado a ella sería el de sufragio, cuya tradicional característica definitoria era su carácter de derecho *uti cives*, es decir, en el que se prescindía de cualquier otra referencia que no fuera precisamente la de ciudadano, pues bien, esta consideración se ve alterada al introducir distinciones en el sufragio pasivo en relación con el sexo (o, en su caso, otros criterios). El logro de una presencia en los parlamentos que se asemeje a la sociedad es algo plausible, pero el riesgo radica en que la vieja idea expresada por Burke de que los representantes lo son de todos los ciudadanos y no solo de sus votantes, es decir, la idea clásica de representación política se diluye en unas asambleas en las que parece obligatorio ver reflejado todo signo identitario de personas o grupos, en las que las listas electorales buscan asemejarse a arcas de Noé humanas.

3. Igualdad

La cuestión anterior enlaza con otras que afectan a la igualdad. Antes manifestamos cómo las declaraciones universales o regionales de derechos superaron las tradicionales visiones nacionalistas y llevaron a que buena parte de los derechos se proclamaran para todas las personas, incluso en aquellos derechos más cercanos al núcleo de la soberanía

[6] Con carácter general, sobre las consecuencias de la salida del Reino Unido de la Unión Europea, STJUE (Gran Sala) de 9 de junio de 2022, asunto 673/20, y STJUE de 18 de abril de 2024, asunto C-716/22, o STJUE de 15 de junio de 2023, caso C501/21 P. Para supuestos individuales, sobre los efectos de la adquisición voluntaria de la nacionalidad de un tercer estado que implica la pérdida automática de la nacionalidad previa y por ende de la europea asociada, asuntos C684/22 a C686/22, STJUE de 25 de abril de 2024; por otros supuestos de pérdida de nacionalidad, asunto C689/21, STJUE (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2023 o asunto C221/17, STJUE (Gran Sala) de 12 de marzo de 2019, en los que se establece la necesidad de que el Estado europeo analice las consecuencias de la pérdida de la nacionalidad y que, en su caso, de acuerdo con las condiciones establecidas que habrán de respetar el principio de proporcionalidad, permitan la recuperación del Estado miembro en cuestión.

[7] Asunto Ruíz Zambrano, C-34/09, STJUE de 8 de marzo de 2011, o Asunto Rendón Marín. C-165/14, STJUE de 13 de septiembre de 2016.

[8] Asunto V. M. A., C-490/20, STJUE de 14 de diciembre de 2021.

estatal, como son los derechos políticos, los cuales se han ido abriendo a la titularidad por parte de extranjeros, aunque no sea aún un fenómeno universal y tenga distinto alcance en los casos reconocidos. Sin embargo, si la tradicional distinción entre nacionales y extranjeros tiende a desdibujarse, por el contrario, pasan a ser relevantes otras divisiones entre personas de la misma nacionalidad como la etnia, la lengua o la religión. De este modo, incluso con algunos de los derechos considerados absolutos, como la prohibición de malos tratos o la igualdad sexual, llegan a admitirse excepciones con base en el respeto a «tradiciones» o «costumbres» vinculadas a ciertos grupos humanos[9]. El Derecho ve rebajado su carácter general y se corre el riesgo de multiplicación de excepciones, no siempre bien justificadas. La universalidad de los derechos y de unos mismos derechos para todos los nacionales, quiebra.

Con justificación en la consecución de una igualdad real (que obviamente no implica una igualdad indiferenciada) proliferan las leyes destinadas a diversos grupos y colectivos, que, aunque basan su justificación en la búsqueda de una mejora para el colectivo afectado, terminan por resaltar más la diferencia, con el añadido de que el contenido de esas leyes es, en buena medida, programático, por lo cual sería preferible su desarrollo mediante meras políticas públicas. Basta leer cualquiera de esas leyes para comprobarlo[10].

En esa línea, han cobrado una gran relevancia el género y otras variables vinculadas al mismo. En algunos casos, la mujer se convierte en protagonista al establecer distintas medidas de acción positivas para promover su igualdad real, entre ellas en el terreno de la representación política, al que ya hemos hecho referencia, pero también en la administración y con tendencia a manifestarse en otros ámbitos tradicionalmente considerados autónomos, como son las empresas, e igualmente con afectación al Derecho penal donde el género pasa a ocupar el lugar que antes encarnaban otros criterios como el empleo de la fuerza o el ascendente a la hora de determinar la pena aplicable.

La distinción, sin embargo, no se ciñe al binomio hombre-mujer, sino que se extiende a la orientación o la identidad sexual, llevando a normativas que, pretendiendo mejorar la situación de esos colectivos, además de resaltar la diferencia dividen a las personas en función de algunas de sus características. Este hecho viene agravado por una (con frecuencia) defectuosa regulación que conduce a resultados indeseados o que provoca problemas añadidos no previstos. Por solo citar alguno, el artículo 2 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTB al no distinguir entre sujetos activos y

[9] El reconocimiento de derechos particulares a «etnias originarias» en América latina o por razones religiosas en otros países no es algo extraordinario, llegando a admitirse, por ejemplo, castigos corporales como alternativa a penas de prisión, frente a la proclamada interdicción absoluta de malos tratos.

[10] Por ejemplo, LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, o Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

pasivos de la ley, además de haber prescindido en otros aspectos de su articulado de cualquier consideración de carácter científico[11].

Por añadidura, a las leyes estatales se suman leyes autonómicas que ofrecen nuevas discordancias. Una significativa la encontramos, por ejemplo, en la ley del Parlamento catalán 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, la cual reconoce como víctimas de violencia machista —a efectos de hacerlas destinatarias de un conjunto de medidas de carácter asistencial— a mujeres transgénero que aún no han llevado a cabo la rectificación registral de sexo. El problema jurídico no estriba evidentemente en la protección que se pretende, sino en que, según la situación, pero al mismo tiempo, una persona será considerada hombre o mujer.

4. Colectivos y personas jurídicas

Si dejamos a las personas individualmente consideradas, encontramos que las exigencias del Estado social se dirigían a colectivos de contornos indefinidos, como los trabajadores, pero su defensa y, en su caso, la legitimación judicial se encomendaron a personas jurídicas como los sindicatos o los propios partidos políticos. La evolución del Estado social ha hecho que los sectores protegidos se extiendan dando lugar a nuevos mecanismos de representación como, entre otros, las asociaciones de consumidores, si bien en otros casos se mantiene la indefinición, como con la juventud o los mayores, sin perjuicio de la existencia de asociaciones creadas para la defensa de esos grupos y de aquella que, a título particular, puedan ejercer personas incluidas en el colectivo correspondiente.

Un paso más, no obstante, lo encontramos en la sentencia del Tribunal Constitucional en el controvertido asunto Violeta Friedman (STC 214/1991, de 11 de noviembre), en el que nuestro máximo intérprete de la Constitución consideró sujeto de derechos al «pueblo judío» por cuanto «el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean» (FJ 8)[12].

[11] Así, con respecto a la fijación de distintos plazos, como con relación a los nacidos con características intersexuales para los que se impone un plazo máximo de un año para inscribir la mención del sexo o los seis meses para revertir la mención registral de cambio de sexo. Por señalar solo algunos de los aspectos controvertidos.

[12] No se trata de un caso único, en similar sentido STC 176/1995, de 11 de diciembre. Cabe señalar que el TEDH también ha considerado sujetos a grupos, especialmente en supuestos en los que se aprecia discriminación por razón de raza o etnia. En particular, cabe resaltar el asunto *Aksu contra Turquía* donde reconoce legitimación para recurrir a una persona sin afectación directa en representación de un colectivo.

Una potencial pluralidad de sujetos se abrió con el reconocimiento de la autonomía universitaria, inicialmente considerada como garantía institucional, como derecho fundamental, aduciendo el Tribunal Constitucional, como nota clave, su ubicación dentro del texto constitucional (STC 26/1987, FJ 4). Tal interpretación plantea numerosos problemas, empezando por la atribución de titularidad, que afloraron en distintos asuntos planteados y que se tradujo en el reconocimiento del derecho a «la comunidad universitaria», protegiendo una «libertad académica» que trasciende la libertad de cátedra. En la práctica, su conceptualización como derecho fundamental lo único que ha permitido ha sido abrir la vía al recurso de amparo, con unos titulares poco definidos, mientras que los posibles excesos por parte del legislador siempre podrán canalizarse por las vías del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad[13].

Por otra parte, con carácter más general, la tradicional división entre personas físicas y personas jurídicas se ve transformada, conducida a múltiples adjetivaciones, a la vez que plantea dudas en torno a la titularidad de ciertos derechos. La persona jurídica se crea gracias al «mecanismo de la representación» donde primero están los individuos y estos «se convierten en colectivamente presentes» por la persona[14]: los individuos han de preexistir y se servirán de esa persona jurídica para realizar unos fines vinculados a una acción colectiva. La persona jurídica responde a la dimensión social de las personas y supone una evolución de la juridificación de la persona humana para interrelacionarse y cumplir fines de imposible o de difícil consecución en solitario.

El Tribunal Constitucional ha mostrado una gran generosidad para reconocer derechos a las personas jurídicas (p. ej., derecho al honor STC139/1995), de manera que sería más fácil enumerar los derechos excluidos de tal titularidad que lo contrario. El Tribunal lo justifica, en primer lugar, por la protección que determinadas asociaciones o colectividades ofrecen a los individuos, de manera que la protección a aquellas significa una protección de las personas que las conforman; en segundo lugar, porque «debe existir un reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad» (FJ 4). No obstante, en ocasiones, el Tribunal Constitucional se ve obligado a matizar que la protección a las personas jurídicas posee una intensidad menor que para las personas físicas, como, por

[13] De hecho, la mayor parte de asuntos relativos a la autonomía universitaria se han planteado vía recurso, cuestión de inconstitucionalidad o, en su caso, conflictos competenciales. En el caso de los recursos de amparo, la mayoría fueron desestimados, resultando estimados solo tres (SSTC 55/1989, 75/1997 y 206/2011) y, a su vez, la mayoría fueron presentados por las propias universidades, si bien en un caso fue promovido por un profesor y, en teoría no habría inconveniente para que se reconociera la legitimación de órganos internos de la universidad.

[14] Bioy, *op. cit.*, p. 104.

ejemplo, en el supuesto del derecho a la inviolabilidad domiciliaria[15], o incluso se deniega, como ha sucedido con la posibilidad de ejercicio de la objeción de conciencia por parte de instituciones, sí reconocida para los sanitarios, conforme la interpretación de la LO 3/2021, de regulación de la Eutanasia, efectuada en la STC 94/2023 [FJ 4.b)].

Un caso excepcional lo constituyen las personas jurídicas públicas, pues no hay que olvidar que los derechos fundamentales se concibieron como derechos frente a los poderes públicos; pues bien, a pesar de ello, el Tribunal Constitucional les reconoce excepcionalmente la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva «únicamente cuando la posición procesal de las personas jurídico-públicas sea equivalente a la de las personas privadas, supuesto en el que son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión sin restricciones» y el derecho de acceso al proceso «(cuya protección tan sólo cabe reconocer a las personas jurídico-públicas frente a las decisiones adoptadas por órganos judiciales pero no frente al legislador) y el derecho a no sufrir indefensión en el seno del proceso al que se ha accedido (y ello con independencia de qué derechos o competencias se hagan valer, quiénes sean las otras partes procesales y el orden jurisdiccional ante el que actúen)»[16], si bien precisa que «no concurre la equivalencia de la posición de los sujetos privados con la que ocupa la persona jurídico-pública cuando ésta interviene en el proceso para defender el modo como ha ejercido un poder exorbitante» (entre otras, 56/2002).

5. Medio ambiente y animales

Capítulo aparte lo constituyen los problemas planteados por el reconocimiento de nuevos derechos vinculados a la protección del medio ambiente y de los animales.

En España cabe resaltar el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor (Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca). Ya antes otros Estados habían reconocido personalidad jurídica a otros bienes naturales, como en Nueva Zelanda al río Whanganui o India al Ganges y al Yamuna; o, de manera más ambiciosa, en Ecuador a la naturaleza en su conjunto. Evidentemente con estas atribuciones de personalidad lo que se busca es proteger distintos bienes naturales, sin embargo, son muchas las incógnitas que se plantean: ¿quién puede convertirse en voz de la naturaleza?, ¿quién evaluará cuáles son los intereses que corresponden al bien ecológico común? En buena parte de los casos, esas medidas se traducen en atribuir una acción popular, facilitando, es cierto, las de-

[15] Así en SSTC 69/1999 o 54/2015, y sin perjuicio de que ese reconocimiento distorsione el contenido del derecho manifestado por el propio Tribunal Constitucional como lugar en el que vivir sin estar sujetos necesariamente a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima (STC 22/1984 o 94/1999, en ambas FJ 5).

[16] SSTC 175/2001, 89 y 206/2011 o 44/2016.

nuncias, pero correspondiendo al juez la decisión y, en última instancia, a la Administración su defensa. Por añadidura, desde un punto de vista práctico se comprueba que en la mayoría de los casos no se ha logrado la finalidad requerida y el bien natural no alcanza la protección buscada.

Otro supuesto de actualidad es el reconocimiento de derechos a los animales (Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales), si bien de la lectura de la Ley se evidencia que, en realidad, lo que impone son obligaciones y prohibiciones para los diferentes poseedores de animales o para las personas en general. Por otra parte, de esa ley deriva otro supuesto específico para dotar de un status especial a los grandes simios[17], como ya han hecho otros Estados. ¿Son unos animales más iguales que otros como en la granja imaginada por Orwell? ¿En qué basamos nuestra diferencia? Es cierto que se parte de la idea de que el hombre desciende del mono, sin embargo, los análisis de ADN establecen grandes semejanzas entre el hombre y otras especies...

En todo caso, ¿no se trata en realidad de obligaciones para las personas más que de derechos para los animales? La cosmética del lenguaje conduce al equívoco en el Derecho y, por qué no, al absurdo. La voluntad (en muchos casos solo teórica) de proteger bienes naturales o animales atribuye a entes carentes de volición derechos aparejados a las personas o a entes llamados a representarlas, que solo reconducen a las personas físicas o a personas que las representan. Una cosa es atribuir garantías a los animales o a la naturaleza y sancionar a quien las vulnera, y otra muy distinta considerar que tienen unos derechos equivalentes a las personas. Se trata, una vez más, de una expansión del concepto «derecho» que prueba el éxito del mismo, pero que también aboca a su fracaso.

La protección del medio ambiente, por otra parte, se conecta con nuevos contenidos de los que se dota a algunos derechos fundamentales, lo que no deja de plantear ciertas dudas.

Nuestra Constitución recoge en su artículo 45 la protección del medio ambiente como principio rector de la política social y económica, por tanto, sin el carácter de derecho fundamental y sin las garantías aparejadas, estando su protección vinculada al desarrollo normativo correspondiente. Sin embargo, el TEDH empezó a amparar frente a atentados medioambientales invocando el artículo 8 del CEDH, donde se recogen los derechos a la vida privada y a la inviolabilidad domiciliaria, pronunciándose con respecto a nuestro país a los conocidos asuntos López Ostra y Moreno Gómez[18], en su momento sumamente comentados y controvertidos, pues, de la obligación de cumplir con la normativa medioambiental, se da paso a considerar vulnerados los citados derechos del artículo 8 CEDH, salto argumentativo no fácilmente explicable y con más

[17] «En el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno deberá presentar un proyecto de ley de grandes simios». Disposición adicional cuarta de la Ley 7/2023.

[18] SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 y de 16 de noviembre de 2004, respectivamente.

apariencia de justicia material que de estricta aplicación del Derecho. Esa interpretación ha sido asumida por el Tribunal Constitucional español, en nuestro caso con invocación del artículo 18.1 y 2 CE, no sin controversia en su seno[19].

Recientemente el TEDH ha dado un paso más en la defensa del medioambiente, en particular en la legitimación para actuar en estos casos. En el asunto *Verein Klimaseniorinnen Schweiz* y otras c. Suiza pone de relieve su implicación con estos temas al encomendarlo directamente a la Gran Sala[20] y un aspecto central de su argumentación se centrará en la legitimación para recurrir, en relación con lo cual manifiesta que no basta una alusión de carácter general, sino que para poder merecer la calidad de víctima ha de demostrarse que se sufren los efectos del daño o riesgo ambiental denunciado, con apoyo en elementos como el grado de gravedad, su duración y la existencia de un vínculo suficiente con los demandantes, en particular, en ciertos casos, una proximidad geográfica entre el interesado y el daño litigioso al medio ambiente (§ 472, con cita de otras sentencias). Resaltando que solo en circunstancias extraordinarias admitirá la condición de víctima de una asociación en estos casos (§ 475), reconoce a su vez las características particulares del cambio climático (§§ 487-488), para finalmente indicar los criterios para admitir la legitimación de una asociación en supuestos de este carácter: «a) estar legalmente constituida en el país concernido o tener la capacidad para actuar en ese país, b) poder demostrar que persigue un fin específico, conforme a sus objetivos estatutarios, en defensa de derechos fundamentales de sus asociados o de otros individuos afectados en el país respectivo, limitándose o no a la acción colectiva para la protección de esos derechos contra las amenazas vinculadas al cambio climático, y c) estar en condiciones de demostrar que puede considerarse como auténticamente representativa y habilitada para actuar en nombre de sus asociados o de otras personas en el país afectado donde la vida, la salud o el bienestar, tal que protegidos por la Convención, se encuentran expuestos a amenazas o consecuencias nefastas específicas vinculadas al cambio climático. En este marco, el Tribunal tendrá en cuenta elementos tales como el fin para el cual se ha constituido la asociación, el carácter no lucrativo de sus actividades, la naturaleza y el alcance de sus actividades en el país concernido, sus efectivos y su representatividad, los principios y la transparencia de su gobierno, y el punto de saber si, de manera general, en las circunstancias particulares de un asunto, el otorgamiento a la

[19] Como ya hemos puesto de relieve en otras ocasiones una cosa es la obligación de cumplir con las resoluciones del TEDH y otra distinta crear nuevos derechos fundamentales o dar un contenido distinto a los existentes más allá delo que serían las reglas generales de interpretación. *Vid*. Elvira Perales, Ascensión, «¿Lista cerrada de derechos fundamentales?». En Chueca, Ricardo (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa,* CEPC, Madrid, 2019, pp. 153 y ss.

[20] La Gran Sala conoció, en la misma fecha, otros dos casos similares, los cuales fueron declarados inadmisibles, entre otros motivos, por no haber agotado los recursos internos y por no quedar suficientemente clara la condición de víctimas: Asunto Duarte Agostinho y otros c. Portugal y otros 32, y *Carême c. Francia. Llama la atención que* fuera la Gran Sala la que asumiera directamente la resolución de estos asuntos.

asociación de la capacidad de acción sirve a la consecución de una buena administración de justicia» (§ 502).

El TEDH efectúa, pues, una cuidadosa interpretación que en qué supuestos puede una asociación estar legitimada para actuar en supuestos relativos al medioambiente, sin embargo, resulta curioso que admita la violación del artículo 8 CEDH en relación con la asociación y no la de las demandantes particulares, cuando son ellas las directamente afectadas por el cambio climático, y, más aún, que se conceda esa legitimación a la asociación para proclamar una vulneración del artículo 8 CEDH, es decir, del derecho a la vida privada... En consecuencia, lo que se está produciendo es una interpretación extensiva del artículo 8 CEDH que va un paso más allá de las que ya nos tenía acostumbrados, pero que con las que se adjudica unos poderes que el Convenio no confiere, de manera que parece inclinarse por la justicia material orillando la letra del CEDH. Como se dice ahora: «cambia el relato»[21].

En todo caso, como bien expresa Carducci, resultaría más razonable no hablar de «derechos de la naturaleza» (o de los animales), sino de derechos para la naturaleza y de implantar el *favor naturae*[22].

6. ¿Robots?

En esa multiplicación de reconocimientos de personalidad, es preciso mencionar la posibilidad de que los robots puedan contar con personalidad propia. Esta posibilidad resulta aún incipiente y, en buena medida, dependerá de la evolución de la robótica, no obstante, ya no se trata de una elucubración propia de la ciencia-ficción, sino que distintos autores se están ocupando de la cuestión con diferentes enfoques y opiniones[23]. Junto a la doctrina académica, el propio Parlamento Europeo se ha hecho eco de ello, y ha planteado «crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente» [24].

[21] Con esa expresión se pronunciaba Jackie Dugard, experta en justicia climática en una entrevista para *La Vanguardia* (27/5/2024).

[22] Carducci, Nicola, «Natura (diritti della)». En Salco, Rodolfo (dir.), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET Giuridica, Milano, 2017, respectivamente, p. 489 y pp. 514 y ss.

[23] A modo de ejemplo, VV.AA., «Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model», *World Applied Sciences Journal,* 34, 6, 2016, pp. 824-831. En este artículo se recogen opiniones de distintos autores con diferentes perspectivas sobre la cuestión.

[24] Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL), Principio 59, f).

7. Conclusión

En definitiva, frente al aparente reconocimiento de la persona en abstracto, convertida en titular de derechos que se quieren universales, pasadas unas décadas se está abriendo camino una atomización de los titulares de derechos y, en paralelo, al surgimiento de nuevos sujetos de derechos, algunos impensables pocos años antes. La «persona» pasa a adoptar distintos «personajes», se adoptan nuevas máscaras sobre la máscara inicial.

La profusión en el reconocimiento de personalidad jurídica va aparejada a la multiplicación de derechos y difuminación del concepto de persona propio de la concepción de «una misma ley para todos». Para lograr una mejor comprensión, sería conveniente una autolimitación del legislador, una mejor legislación y unos tribunales menos creativos, de otra manera llegaremos a

> «...[L]os mosquitos no se valen todavía de la Carta de Derechos de los mosquitos»[25] pero a eso vamos.

[25] Bachmann, Ingeborg, *No sé de ningún mundo mejor*, Hiperión, Madrid, 2003. Trad. De Jan Pohl, p. 15. Frase de un poema escrito probablemente entre 1962 y 1964, en todo caso antes de 1973.

CAPÍTULO 23
IGUALDAD DE GÉNERO Y FUERZAS ARMADAS: MISIÓN AÚN NO CUMPLIDA

Fernando Rey Martínez
(Universidad de Valladolid)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Introducción: propósito de este estudio

Me uno con este breve capítulo al homenaje que discípulos, colegas y amigos rendimos a la profesora Paloma Biglino Campos. Es un acto en mi caso de pura justicia. Me deslumbró como joven y brillante profesora del naciente Derecho Constitucional español ya desde el otoño de 1981 y fue ella la que me reclutó para el área en junio de 1986. Desde entonces vengo disfrutando de su magisterio, de su generosidad, de su sensibilidad social, de su amistad y de su riguroso, pero al mismo tiempo ameno y amable, estilo profesional. Ella es la primera culpable de mi vocación constitucionalista. No tengo palabras para expresar mi profundo agradecimiento. Me ha enseñado lecciones imborrables: sobre el Derecho Constitucional, desde luego, pero también de respeto, ética, seriedad y compromiso con la sociedad y, en primer lugar, con el alumnado.

El trabajo que aquí se presenta trae causa de una conferencia, no publicada, que impartí el 13 de septiembre de 2021 para la Cátedra de Derecho Militar de la Universidad Complutense de Madrid a instancia de mí también admirado maestro Alfonso Fernández-Miranda. He estudiado durante años el Derecho Antidiscriminatorio, pero nunca antes había puesto la mirada sobre la igualdad de género en las Fuerzas Armadas, un ámbito que, sin embargo, reviste por su singularidad una peculiar relevancia como banco de pruebas del avance (y sus límites) de la igualdad real entre mujeres y hombres en cualquier sociedad. Lo hago aquí y ahora para destacar que Paloma Biglino formó parte del primer Observatorio de la Vida Militar desde 2013 a 2018.

Las puertas a la incorporación de las mujeres a los diversos ejércitos del mundo se han abierto a partir de la década de los setenta del pasado siglo, no sin titubeos y limi-

taciones[1]. El artículo 8, apartado primero, de nuestra Constitución establece que una de las misiones de las Fuerzas Armadas es defender el ordenamiento constitucional, donde se encuentra, precisamente, el derecho a no ser discriminado por razón de sexo en el artículo 14. Así pues, una lectura sistemática de ambos preceptos remite no sólo a la necesidad de que, interna o domésticamente, las Fuerzas Armadas no acepten discriminación alguna en su seno, es decir, en su organización y funcionamiento, sino que, más allá, las Fuerzas Armadas deban promover en su acción hacia terceros la igualdad, real y efectiva, de mujeres y de hombres. Así que, en 2024, la cuestión principal no es ya sólo, por ejemplo, el ingreso efectivo de las mujeres en condiciones equiparables a las de los varones, sino también tomar en serio la igualdad de género en las operaciones militares o en la protección de los civiles en contexto de conflicto armado, por ejemplo. No hablamos sólo de cambios en la organización militar sino, sobre todo, de cambios en la cultura de dicha organización. Cambios que, como cabe imaginar, no siempre son sencillos y rápidos de introducir. Pero lo cierto es que la Defensa nacional ya no tiene que defenderse de la igualdad de género, sino que, antes al contrario, tiene que defenderla. Este es el sentido de la crucial agenda de Mujeres, Paz y Seguridad de Naciones Unidas aprobada por unanimidad de su Consejo de Seguridad mediante Resolución 1325 en el año 2000.

Parece poco discutible que las Fuerzas Armadas españoles llevan más de tres décadas adaptándose al mandato constitucional con razonable éxito[2]. A pesar de que el artículo 8 de la Constitución debe ser interpretado de manera conjunta con la igualdad de género del artículo 14 CE y de que el artículo 23 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas ya se refería al derecho de todos los españoles a prestar el servicio militar con igualdad, la incorporación femenina al ejército se dilató diez años. En 1988, por fin, las mujeres pudieron acceder al puesto de oficial de los cuerpos comunes y de ingenieros (en septiembre de ese año, 26 mujeres

[1] Entre otras razones, la inclusión de las mujeres en las fuerzas armadas, como explica Helena Carreiras [«La integración de género en las Fuerzas Armadas. Condicionantes y perspectivas». *Nueva Sociedad,* 278, 2018, p. 131], se debe a factores político-culturales (el avance del principio de igualdad de género en la sociedad) y a factores de cambio en las organizaciones militares porque las nuevas tecnologías han permitido una mayor especialización y profesionalización. Kristen Vechinski («A strategic imperative», en Lauren Mackenzie y Dana Perkins, *Women, Peace and Security in profesional military education,* Marine Corps University Press, Quantico, Virginia, 2022, p. 24) constata, por su parte, algo elemental: «siendo las mujeres la mitad de la población, las investigaciones muestran que cuando la mitad de la población no participa en la prevención y resolución de los conflictos, la estabilidad y la prosperidad resultan imposibles».

[2] Una interpretación que podríamos calificar de entusiasta en este sentido la ofrece la oficial de alto rango M.ª Belén Caballud Hernando [«Aportación de la mujer militar en las Fuerzas Armadas españolas a la Defensa y la Seguridad», en *Arbor*, CSIC, 190 (765), 2014, pp. 1-7], quien habla incluso de «un modelo español de integración de las mujeres en las Fuerzas Armadas» que, aunque progresivo, se diferencia de otros países porque permite la presencia de mujeres en todos los cuerpos, escalas y destinos (también de combate), no prevé la existencia de cuerpos específicos para mujeres y no contempla cuotas máximas de ingreso (p. 3). La primera mujer caída en combate ha sido la soldado Idoia Rodríguez Buján, en la misión de Afganistán el 21 de febrero de 2007.

ingresaron en las distintas Academias)[3], en 1992, a la tropa y marinería, aún con limitaciones[4] y, en 1999, a todos los cuerpos, escalas y destino[5]. Este hecho, junto con la derogación del servicio militar obligatorio en 2001, son los dos cambios contemporáneos más radicales de las Fuerzas Armadas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991 fue clave para acelerar el proceso de incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas entre nosotros. El Tribunal consideró que la inadmisión de una mujer a las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire era contraria al artículo 14 de la Constitución. La discriminación se producía, más bien, por la omisión reiterada del legislador y el Tribunal rechazó como argumentos válidos para justificar la exclusión de las mujeres en el Ejército del Aire tanto la presunta ineptitud biológica de las mujeres derivada de su menor fuerza física en general (el Tribunal exigió una valoración individualizada de cada candidato sin tener en cuenta su sexo), como el aumento de gastos de infraestructura militar (pues había que duplicar dormitorios, baños, uniformes, etc.). Hay que observar que la denegación se había producido en 1987 y para cuando se estima el amparo de Ana Bibiana Moreno, en 1991, ya hacía tres años que ésta podía entrar en la Academia del Aire.

Naturalmente, además de haber abierto de par en par las puertas, al menos formalmente, a las mujeres en las Fuerzas Armadas, se ha ido dictando todo un cuerpo normativo para asegurar la igualdad de género desde otros aspectos: la conciliación de la vida militar y la personal o familiar; el abordaje del acoso por género y del acoso sexual; la creación del Observatorio de la vida militar, un órgano consultivo de las Cortes Generales, y el Observatorio militar para la igualdad entre mujeres y hombres en las Fuerzas Armadas, dependiente del Ministerio de Defensa[6]. También son aplicables los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[7].

---

[3] Real Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de las mujeres a las Fuerzas Armadas. Este Decreto también permitía el acceso de las mujeres a la Guardia Civil. De la Fuente Fernández, Javier (*El camino hacia la igualdad entre mujeres y hombres. Especial referencia a las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad de España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2021, p. 37) señala como antecedentes del Real Decreto Ley 1/1988 dos normas, el Real Decreto de 28 de febrero de 1917, por el que se crea el Cuerpo de Damas Enfermeras de la Cruz Roja (dependiente del Ministerio de la Guerra) y la Ordenanza de 31 de julio de 1941, que establece el Cuerpo de Damas de la Sanidad Militar, actualmente integrado en los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas. La presencia oficial de mujeres en el Ejército español tiene, por tanto, en el ámbito de los cuidados sanitarios auxiliares (un ámbito tradicionalmente atribuido a las mujeres en el ideario patriarcal), más de 100 años en nuestro país.

[4] Pues sólo se permitía el ingreso de las mujeres a puestos de mando (oficiales y suboficiales) y no alcanzaba a todas las unidades del ejército.

[5] Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas. Una excelente descripción de todo este proceso, puede encontrarse en De la Fuente, Javier (*ob.cit*, pp. 19-59).

[6] Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo, por la que se aprueban medidas para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas.

[7] Preceptos que extienden, con «las adaptaciones que resulten necesarias», la igualdad de género del resto de administraciones públicas a las fuerzas armadas en su régimen de personal: acceso, formación, ascensos, destinos, situación administrativa, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

Pues bien, ¿cómo podemos nosotros interpretar cabalmente todo este panorama complejo, cómo podemos ordenar esta realidad para poder contestar a la pregunta: ¿dónde se hallan los principales desafíos actuales en materia de igualdad entre mujeres y hombres en las fuerzas armadas españolas?

2. Datos significativos actuales

Es inevitable partir del análisis de los datos que proporciona el Observatorio Militar para la Igualdad (última fecha disponible cuando se escribe este texto, 2023). En 2023 había en el Ejército de Tierra 67.649 (88,6%) varones y 8.729 (11,4%) mujeres; en la Armada, 18.209 (85,8%) varones y 3.021 (14,2%) mujeres; en el Ejército del Aire y del Espacio, 18.368 (85,6%) varones y 3.088 (14,4%) mujeres; en los Cuerpos Comunes (jurídicos, sanitarios, músicos, intervención), 1.972 (62%) varones y 1.207 (38%) mujeres. En total, hay 106.198 (86,9%) varones y 16.045 (13,1%) mujeres.

El 50% de los funcionarios civiles de Defensa son mujeres.

Es interesante tener en cuenta también la evolución del porcentaje de mujeres en el Ejército: hasta septiembre de 1988 era el cero absoluto; en 1997 llega al 2%; en 2003 se alcanza el 10% y, en 2006, el 12%. En 2023, 17 años después, estábamos en el 13,1%.

En cuanto al número de mujeres oficiales, en 2023 había un 2,2% de generales (5 mujeres generales); un 11,9% de todos los oficiales; un 7% de los suboficiales y un 15,4% de la tropa y la marinería. Las diferencias dentro de las distintas ramas siguen siendo enormes: así, en el Ejército de Tierra sólo hay un 5,6% de mujeres oficiales y suboficiales, mientras que en los Cuerpos Comunes se llega a más de un tercio, el 36,3%.

De estos datos se pueden extraer conclusiones obvias. La primera es que el ingreso de mujeres en las Fuerzas Armadas sufre un estancamiento desde hace casi dos décadas. Ciertamente, un 13,1% es un porcentaje que está algo por encima de la media de los países de la OTAN (situada en el 11%[8]), pero aún está muy lejos del porcentaje de mujeres en la población general. Y, además, seguimos muchos años, quizá demasiados, con cifras semejantes. Ya en 2013 avisaba de «una crisis de estancamiento» un excelente

[8] Carreiras, Helena, «La integración...», *cit.*, p. 2. En América Latina, la presencia de mujeres en las fuerzas armadas es menor, del 4%. Los países con mayor presencia militar femenina son Hungría (19,3%), Nueva Zelanda (17,3%) y Australia (17,1 %) En Estados Unidos llegan al 16,2% (Ver Watson, Callum, «Perspectivas de género en las Fuerzas Armadas y de seguridad», *Policy Brief,* 11-2021. Instituto Colombo-Alemán para la Paz. Bogotá, 2021, p. 12).

trabajo de Catalina Ruíz-Rico[9], confirmado en 2019 por la magnífica tesis doctoral de Francisco Esteban Hernández García[10].

La segunda es que la distribución de las mujeres en las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas también refleja un sesgo sexista en la medida en que es máxima en los Cuerpos Comunes, que desempeñan, sobre todo la rama sanitaria, funciones tradicionalmente atribuidas a las mujeres, y en las tareas de apoyo civiles a la Defensa, y es mínima en el Ejército de Tierra, que es el componente principal de la Defensa. Un dato que confirma esta idea: el porcentaje de mujeres en misiones internacionales es tan sólo del 6,8%. Otro ejemplo de las dificultades de acceso de las mujeres al Ejército de Tierra es que en 2022 contaba con 8.756 mujeres y, en 2023, con algunas menos, 8.729. Hasta ahora, el número de mujeres iba creciendo, pero en 2023 ha bajado, ligeramente, pero ha descendido[11]. ¿Es un dato anecdótico o un indicador de alarma de que quizá se ha alcanzado el techo de presencia femenina? Y, por otro lado, las mujeres se siguen concentrando, sobre todo, en tareas auxiliares.

La tercera conclusión es que el magro porcentaje de presencia femenina en las fuerzas armadas revela una cierta anomalía respecto de los avances en la igualdad de género en nuestro país. Si la integración de las mujeres en las Fuerzas Armadas es un buen termómetro del estado de salud de las políticas de igualdad de género en cualquier país, los datos en España no invitan precisamente al optimismo.

3. Los prejuicios sexistas en relación con las Fuerzas Armadas

Para entender la tozudez de los datos y, en definitiva, por qué no hay un porcentaje de presencia femenina en las Fuerzas Armadas similar al que existe respecto de la población general, sino otro tan intensamente bajo y desproporcionado, es preciso antes comprender cabalmente qué es una discriminación. Toda discriminación es una conducta prohibida por el Derecho, pero el discriminador, antes de actuar, ha transitado por dos pasos previos que nos explica la psicología social. El primero es la idea de estereotipo o generalización. Resulta que los seres humanos somos tacaños cognitivos, es decir, que reducimos la complejidad de la realidad circundante a través de generalizaciones («todos los alemanes son...» «todos los legionarios son...» «todas las mujeres son...»)

[9] «La igualdad de género en las Fuerzas Armadas desde una perspectiva constitucional», *Instituto Español de Estudios Estratégicos,* 121, 2013, p. 3.

[10] *La protección legal y jurisdiccional de la igualdad de género en las Fuerzas Armadas*, Universidad de Valencia, 2019, p. 430.

[11] H. Carreiras («La integración...», *cit*., p. 11), analizando la evolución en diversos países, advierte de que esta no es siempre de avance de presencia femenina porque también hay periodos de retracción. Es verdad que la igualdad de género no cae como fruta madura, sobre todo cuando los prejuicios que originan las discriminaciones siguen permaneciendo incólumes.

Esto no es ni bueno ni malo, simplemente es. Evidentemente, cualquier generalización puede resultar útil para orientarnos un poco, pero, desde el punto de vista intelectual, no tiene ningún valor: siempre es falsa (menos quizá la frase que acabo de enunciar). Ahora bien, cuando a las generalizaciones se les añade, en un segundo momento, un juicio de valor, una ideología determinada, ese estereotipo (que podría, en principio, no ser malo), se convierte en un prejuicio. Esta es una idea nutritiva porque el corazón de toda discriminación o, si se prefiere, la munición ideológica de toda discriminación es, siempre, un prejuicio. La discriminación es un prejuicio actuado. Y un prejuicio, además, gravemente ofensivo de la dignidad humana: el artículo 14 de la Constitución nos pone sobre la pista de cuáles son: el machismo, el racismo, la xenofobia y tantos otros ismos y fobias. De ahí que una sociedad será tanto más decente cuantos menos prejuicios albergue en su seno. El punto está en la cultura (o más bien incultura) social generadora y socializadora de los prejuicios.

Pues bien, ¿qué prejuicios discriminadores han pesado y todavía hoy sobrevuelan los establecimientos militares? Es evidente que Ejército ha sido el espacio favorito del patriarcado o machismo tradicional: el modelo del guerrero varón en combate ha sido durante milenios la esencia de la cultura militar. Se refiere Jane Bethke Elshtain[12] al mito del varón como guerrero justo frente al mito de la mujer como alma bella, descanso y trofeo en todos los sentidos de los guerreros. La tradicional «ética del guerrero», aunque haya conocido diversos contenidos, ha mantenido invariable, sin embargo, su estricto carácter patriarcal: siempre se trata de un varón aguerrido, heroico, agresivo, cuidado por mujeres que le auxilian como enfermeras, asistentes, etc. Hasta la idea de la espía es diferente culturalmente de la del varón espía y responde a un prejuicio: la espía, único cargo de «combate» al que oficialmente podían acceder las mujeres en el pasado, es siempre «la espía fatal», una suerte de mujer seductora y tentadora que utiliza sus armas de mujer y poco tiene que ver con el espía varón (salvo, quizá, en el personaje de James Bond, bien distinto de los espías de John Le Carré, por ejemplo) El prejuicio machista de que las mujeres son naturalmente incapaces para la milicia es bien evidente.

Junto con esta razón tradicional de la exclusión de las mujeres en el ejército (esta siempre ha sido una profesión exclusiva de hombres), J. de la Fuente Fernández suma otras tres: la supuesta menor capacidad física de las mujeres, los argumentos biológicos (regla, embarazo, maternidad, sobre todo) y los aspectos tácticos en el combate, ya que a las mujeres se les atribuye mayor vulnerabilidad frente a los peligros y riesgos derivados de los conflictos armados[13].

Pero quizá se repara menos en otro prejuicio que, en mi opinión, se produce en un sector del feminismo, aquél que, de orientación progresista, es también pacifista y opone a la dialéctica violenta de los varones, la dialéctica pacífica de las mujeres. De modo

[12] *Women and War*, Basic Books, New York, 1987.
[13] Ob. cit., p. 41.

que, a veces, los sectores más conservadores se han opuesto a la presencia femenina en el ejército, pero también, por razones diferentes, algunos sectores feministas objetan dicha presencia[14]. No obstante, es curioso observar que a partir de los noventa distintas narrativas artísticas (televisión, música, cine, comic, literatura, etc.) han ensalzado la figura de las mujeres con armas (*cow girls*, mujeres policía, heroínas históricas o de ficción, guerreras...). Sostienen Teresa Hiergeist y Stefanie Sahäfer[15] que este es un fenómeno «ambiguo» porque, de un lado, las armas han estado siempre asociadas a una cierta masculinidad tóxica, el arma como objeto fetiche fálico, de otro parece empoderar a las mujeres pero también «permite retratar a las mujeres con armas como seres diabólicos (como en la literatura de mujeres asesinas) y también su erotización transgresora y su hiper-sexualización a veces».

Megan MacKenzie, en relación con el significativo problema de la violencia sexual en el ejército, observa que la mayoría de narrativas analizadas dentro de las fuerzas armadas consideran que la violencia en el ejército es «un problema sobredimensionado... inevitable... y bajo control», vendría a ser «un daño colateral de la dis-ruptividad provocada por la irrupción de las mujeres en las fuerzas armadas». El ejército sigue siendo comprendido, en gran medida, como «un conjunto de protectores masculinos de una población de civiles feminizada[16]».

Esta misma autora alerta sobre el «excepcionalismo militar» como justificación o, al menos, explicación, de la violencia de género en el seno de la institución militar[17]. Según este argumento, los militares estarían sujetos a un estándar de responsabilidad diferente y, obviamente, menor que el de los civiles. El ideal militar lo encarnarían los varones blancos y super-masculinos (valor, austeridad, poder físico), con sus códigos de honor y de conducta específicos, sus reglas de socialización, ética de sacrificio, etc. Por el contrario, «lo femenino» (compasión, suavidad, sensibilidad) devaluaría la institución militar; supone, en realidad, «una castración» de las esencias militares. El ejército sería una institución masculina[18].

A conclusiones similares llegan Alesha Doan y Shannon Portillo analizando las fuerzas militares de élite de los Estados Unidos[19]. Es interesante cómo observan que, siendo la resistencia al cambio de cualquier organización un fenómeno común, en el

---

[14] Ver, por ejemplo, en este sentido: Greenburg, Jennifer, *At war with women. Military humanitarism and imperial feminism in an era of permanent war*, Cornell University Press, Cornell, 2023. Esta autora se muestra crítica con el modelo de «feminismo militar», al que llega a calificar de «imperialista» o «colonial». Sería un tipo de empoderamiento femenino erróneo.

[15] *Ladies in arms (Women, Guns and Feminism in Contemporary Popular Culture)*, Gender Studies, Verlag. Bielefeld, 2024, p. 12.

[16] *Good Soldiers don't rape. The stories we tell about military sexual violence,* Cambridge University Press, Cambridge, 2023, p. 151.

[17] Ob. cit., pp. 153 y ss.

[18] Ob. cit., pp. 21-23.

[19] *Organizational Obliviousness Entrenched Resistance to Gender Integration in the Military*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

caso de la inclusión de las mujeres en el Ejército tales resistencias son a veces «invisibles y poco examinadas por la literatura[20]». De modo que el machismo se convierte en la «cultura organizativa natural o correcta[21]», haciendo muy difícil identificar la discriminación[22]. La influencia de estereotipos invisibles y cotidianos[23] es determinante, incluso aunque dicha cultura «no siempre es maliciosa ni intencional». A mi juicio, y como veremos más abajo, estas autoras están aludiendo, aunque no lo hagan explícitamente, a una discriminación sistemática e institucional. También advierten contra el «tokenismo» o apariencia más cosmética que real de las políticas de igualdad[24].

Francisco E. Hernández[25] considera que falta formación en igualdad de género en academias y cuarteles; que no hay planes específicos para la detección temprana de la violencia de género; que no conocemos los datos reales de la violencia sexual en el interior de la institución militar, que se produce un enorme «secretismo»[26] y sugiere una serie de interesantes medidas para hacer frente a esta situación.

4. Tipos de discriminación de género en las Fuerzas Armadas: directas, indirectas, positivas, sistemáticas, institucionales

Propongo utilizar como hilo de Ariadna para no perdernos por este laberinto las principales categorías del Derecho Antidiscriminatorio[27].

Las discriminaciones pueden ser de trato, que, a su vez, pueden ser directas o indirectas o de impacto y también pueden ser de falta de igualdad de oportunidades. Una discriminación de trato directa (esto es, un trato jurídico diferente y peor a una mujer

[20] Ob. cit., p. 1.

[21] *Ibidem*, p. 1.

[22] Callum Watson («Perspectivas...», *cit.*, p. 17) se refiere, por ejemplo, al «falso efecto de consenso» (cuando un pequeño porcentaje de varones piensan que sus actitudes sexistas son ampliamente compartidas por todos porque nadie les contradice) y al «efecto de ignorancia pluralista» (cuando la mayoría de los varones rechazan el machismo en privado, pero suponen, de forma incorrecta, que se encuentran en minoría).

[23] Además de algunos ya mencionados antes, Doan y Portillo identifican otros, por ejemplo, el prejuicio de las mujeres como seres competitivos, proclives a crear dramas y a expandir rumores (p. 21); la tensión sexual natural entre varones y mujeres militares como problema —distracción, conflictos, etc.— (p. 23); la estereotipación es inconsciente, pero funciona como una suerte de «mano invisible» que refuerza la jerarquía de género en el interior de la organización militar (p. 26); las mujeres restarían cohesión al grupo militar (p. 34); o la creencia de que las mujeres utilizan su sexo para evitar castigos o conseguir premios (p. 36).

[24] Sobre algunos de estos peligros y la robustez de los prejuicios sexistas, ver, en la literatura española, H. Carreiras («La integración...», *cit.*, pp. 134 y ss.).

[25] Ob. cit., pp. 431 y ss.

[26] *Ibidem*, p. 432. Ofrece el dato de que el Tribunal Militar Central identificó entre 2004 y 2015 sólo 174 denuncias de acoso por género o sexual («la punta del iceberg»), de las que 110 fueron archivadas y sólo 46 fueron consideradas de naturaleza penal militar, de las cuales 11 se sobreseyeron, 13 tuvieron sentencia absolutoria y sólo hubo 22 condenas (12 por acoso sexual, 1 por acoso por razón de género y 9 por acoso profesional).

[27] Discúlpeseme la remisión a Rey Martínez, F., *Derecho Antidiscriminatorio,* 2.ª ed., Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

por ser mujer) es la resuelta por la STC 216/1991: la prohibición de ingreso de las mujeres en el ejército del aire. Una familia relevante de discriminaciones directas son todo tipo de violencia sexual, los acosos de género y los específicamente sexuales. Es evidente que suelen llamar mucho la atención de medios y de público (más que en otros sectores profesionales): son casi siempre noticia, pero nada hace pensar que haya un número desproporcionadamente más alto de agresiones y acosos sexuales en las Fuerzas Armadas que en otros sectores sociales y profesiones... pero tampoco menos. Juan Pozo Vilches ha analizado en el Diario La Ley[28] tanto las agresiones como los acosos sexuales en el Código Penal Militar, sobre todo tras la reforma de 2015 que ha incluido expresamente los delitos contra la libertad sexual (antes de esa fecha, se cobijaban bajo la rúbrica del trato degradante (si el agresor era superior), del maltrato de obra al superior (si el agresor era el subordinado) o lo tramitaba la justicia ordinaria (si la agresión era de igual a igual), y ha concluido algunas ideas que me parecen dignas de rescate aquí. Por ejemplo, sostiene, con buen criterio, que se trata de delitos pluriofensivos, ya que atentan no sólo contra el bien jurídico de la libertad sexual, sino también contra la disciplina. Y quizá por eso no sorprende que, por ejemplo, el Código Penal Militar castigue de modo más severo el acoso sexual de forma más severa que el Código penal general: el acoso vertical de superior a inferior, en el ámbito militar lleva aparejada una pena de 6 meses a 5 años y en el general de 6 meses a un año. La principal observación de mejora normativa que sugiere Pozo Vilches es deslindar mejor las faltas disciplinarias muy graves del delito en sentido estricto de acoso sexual en el ámbito militar. Yo añadiría que sería interesante hacer más transparentes los datos y las medidas de prevención y sanción. Hay que hacer pedagogía social: la cuestión no es no tener agresiones ni acosos, por desgracia, eso es imposible, la cuestión es mostrar cuántos y cómo son y mostrar también qué se está haciendo para prevenirlos y para sancionarlos.

En cualquier caso, parece importante destacar que la violencia sexual es un problema significativo no sólo en nuestro país, sino en todos. Megan MacKenzie, tras un amplio estudio de las fuerzas armadas de Estados Unidos, Canadá y Australia, concluye sin ambages que «crecen los índices de delito en ese sentido[29]».

Las discriminaciones directas suelen ser patentes, por lo que no suelen ser las comunes. Demasiado evidentes. De ahí que sea más interesante, para captar la realidad, la categoría de discriminaciones indirectas o de impacto, esto es, de tratos aparentemente idénticos entre mujeres y hombres pero que, por la desigual posición de unas y de otros, producen un resultado, comprobable de modo estadístico y objetivo, desproporcionado sobre mujeres y hombres. Un magnífico ejemplo de discriminación indirecta es la re-

[28] «El acoso sexual en el Código Penal Militar», núm. 9746, 2020 y «La agresión sexual en el Código Penal Militar», núm. 9834, 2021.

[29] *Good Soldiers don't rape. The stories we tell about military sexual violence,* Cambridge University Press, Cambridge, 2023, p. 151.

suelta por la Sentencia 1040/2019 del Tribunal Supremo, que consideró que la fijación de una talla mínima de 160 centímetros para poder acceder al puesto de controlador aéreo militar era una discriminación prohibida por el derecho constitucional de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 de la Constitución) ya que no hay razón alguna que justifique esa diferencia de trato por la altura. El Tribunal no necesitó ir más allá para concluir que también era una discriminación indirecta de género en la medida en que, estadísticamente, la media de altura de las mujeres era menor que la de los varones, pero, evidentemente, lo es. Obsérvese que la diferencia de trato formalmente no es el género, sino otro rasgo, en principio neutro, la altura, pero, de hecho, exigir una altura distinta a todos discrimina a las mujeres. Por eso, correctamente, las pruebas selectivas para entrar en el ejército, en general, distinguen los objetivos físicos a alcanzar de mujeres y de hombres. Excepcional y justificadamente, las pruebas son idénticas en algunas unidades donde la exigencia física es determinante: operaciones especiales, montaña, buceo, mando de unidades paracaidistas y jefatura de saltos.

Esto no quiere decir que no existan discriminaciones indirectas en el seno de las Fuerzas Armadas. Los números pueden revelarlas. Por ejemplo, los de ingreso de mujeres. Que haya un porcentaje significativamente más bajo de mujeres que de hombres que entren cada año en las fuerzas armadas puede explicarse por la persistencia de la cultura (o mejor, incultura) tradicional (me temo que toda sociedad es un autobús en el que viajan sus antepasados). Formalmente, hombres y mujeres pueden entrar en los ejércitos en condiciones de igualdad (incluso con diferentes pruebas físicas), pero llevamos casi dos décadas estancados. Dicho de otro modo: esta distribución de efectivos en cuanto al género responde a un patrón tradicional no del todo igualitario. Los dos Observatorios de la vida militar que se ocupan de estos temas, uno de modo general y otro más específico, deberían, a mi juicio, ir más allá de los datos estadísticos para valorar de manera cualitativa los datos a fin de explicar esta desproporción de resultados (de ingreso, distribución y promoción) entre mujeres y varones en las fuerzas armadas. Como le ocurre a un experto en cáncer que observa marcadores tumorales en un paciente, pero aún no conoce exactamente la causa, aunque constata los efectos, cabe suponer aquí la existencia de discriminaciones indirectas que impiden la igualdad, aunque aún no se haya hecho cabalmente el diagnóstico.

A mi juicio, hay factores que inciden negativamente sobre la incorporación de las mujeres a las fuerzas armadas, más allá de los prejuicios sexistas a los que hemos hecho antes referencia. Uno de ellos es la ignorancia que la mayoría de los jóvenes tienen sobre lo que significa la cultura de defensa o la vida militar[30]. Otro, más determinante aún, es la brecha de género Stem[31], como ha puesto de manifiesto Carlos García de

[30] A ello se refiere M. Rosario Herrera Abián (*Revista Española de Defensa*, nov. 2022, p. 20).

[31] Es decir, Science, Technology, Engineering y Mathematics.

Paredes[32]. A los Cuerpos Comunes se puede acceder con titulaciones de ámbito no tecnológico (Derecho, Economía, Medicina, Enfermería) y esto puede explicar, entre otras razones, ya apuntadas, la mayor presencia de mujeres. Pero en 2007 se cambia el modelo de formación de oficiales (entró en vigor en 2010 y la primera promoción con el nuevo programa es la de 2015) y se exige para el acceso sin titulación (el común) un título de grado en ingeniería. El oficial español es, normalmente, un oficial Stem, pero ocurre que, aunque las mujeres son el 55% de la población universitaria en España, sólo el 25% de quienes estudian ingeniería son mujeres[33].

Otro concepto a tener en cuenta del Derecho Antidiscriminatorio es el de acciones positivas, es decir, aquellos tratos diferentes en favor de las mujeres por contar con alguna situación adversa de hecho. Un buen ejemplo lo proporciona la Sentencia Konstantin Markin contra Rusia, de 22 de marzo de 2012, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El buen señor Markin trabaja como operador de radio de la inteligencia militar rusa, está casado y tiene tres hijos, pero se divorcia y le conceden la custodia de los hijos a él. En Rusia en ese tiempo las mujeres tenían derecho a tres años de permiso de maternidad, pero los varones sólo tres meses. El gobierno ruso alegó que esta era una diferencia de trato que perseguía corregir la desigualdad de hecho entre mujeres y hombres en el sentido de que suelen ser las madres las que principalmente se ocupan del cuidado y la educación de sus hijos. O sea, que, en realidad, esa diferencia de trato era una medida válida de acción positiva. Alguna Sentencia antigua de nuestro Tribunal Constitucional, por ejemplo, la 128/1987 ha ido también en ese sentido, concluyendo que el plus de guardería que el hospital de Ávila concedía a sus trabajadoras, pero no a sus trabajadores era una medida de acción positiva válida. Pero el Tribunal de Estrasburgo, creo que, con magnífico criterio, no acepta esta argumentación. La diferencia de trato rusa no busca corregir la tradicional desigualdad entre mujeres y varones, sino todo lo contrario: perpetuar esos estereotipos de género y perjudicar la carrera profesional de las mujeres.

Una diferencia de trato como la rusa no existe entre nosotros. Pero la doctrina de Estrasburgo nos obliga a vigilar con celo el paquete normativo de conciliación entre vida laboral y personal del personal de las fuerzas armadas. Habría que comprobar si son válidas las diferencias entre mujeres y varones (si las hubiera) y habría que comprobar también las causas de por qué son las mujeres militares las que desproporcionadamente se acogen a estas medidas, provocando, sin duda, efectos adversos en cuanto a su promoción profesional, y exigiendo, correlativamente, medidas de acción positiva para corregir esas posibles diferencias. Porque si solo son las mujeres las que se acogen a la

[32] «Influencia de la brecha de género STEM en la segregación horizontal de las oficiales en las Fuerzas Armadas españolas», en *Cuestiones de género: de la igualdad a la diferencia*, núm. 18, 2023, pp. 734-754.

[33] Carlos García propone, en consecuencia, introducir otros títulos no técnicos para evitar la segregación de género horizontal (ob. cit., p. 739).

conciliación, el objetivo de la igualdad profesional no se acerca, sino que se aleja. Con la vieja idea de que los hijos son para sus madres no progresamos.

Unas cifras de reclutamiento tan compactas y repetitivas nos avisan de un tipo de discriminación de género «sistemático» y no meramente coyuntural o anecdótico y también nos alertan de una clase de discriminación que se ha definido como «institucional», es decir, de una forma de organizarse formalmente igualitaria, pero con una cultura tradicional de fondo que produce sistemáticamente diferencias de resultados entre mujeres y varones, diferencias que tienden a aceptarse como «naturales» por todos o casi todos, porque expresan los valores tradicionales dominantes, pero que ni mucho menos lo son.

5. Conclusión: avances, estancamiento, necesidad de cambiar el enfoque

Así pues, aun reconociendo los avances y la amplia apertura de las fuerzas armadas españolas a la incorporación femenina, parece claro, tal y como demuestran las cifras estadísticas disponibles, que hay camino por recorrer para lograr la plena igualdad de género en este ámbito y que, para ello, es preciso un cambio de enfoque. Ya no se trata sólo de que haya mayor número de mujeres, que también. O de que no sufran segregación vertical, que también. En este campo se produce, a mi juicio, una discriminación indirecta, invisible, sistemática e institucional frente a la que es necesario actuar. Citando a Moser, Laura Masson habla en tal sentido de «evaporación» (fracaso de las buenas intenciones políticas al intentar ponerlas en práctica a través de políticas públicas), «invisibilidad» (fallo de los procedimientos de seguimiento y evaluación de lo que ocurre realmente sobre el terreno) y «resistencia» (mecanismos eficaces que bloquean el avance de la igualdad de género[34]).

Hasta ahora, la perspectiva dominante es la de «embutir» o «integrar» la igualdad constitucional de género dentro de la tradicionalmente masculina organización militar, provocando evidentes cambios favorables. Pero el objetivo ha de más ambicioso: se trataría de provocar un cambio de cultura de lo militar para que Defensa se convierta cada vez más en una organización diversa e inclusiva hacia dentro y en una organización que contribuya, en su actividad y misión, a la promoción de la igualdad de género en la sociedad[35].

[34] «Perspectivas...», *cit.*, pp. 5 y ss.

[35] No es otro el enfoque de la Agenda de Naciones Unidas sobre Mujeres, Paz y Seguridad del año 2000 (junto con otras 9 resoluciones posteriores), cuyo objetivo es promover la igualdad de género y fortalecer la participación de las mujeres en la toma de decisiones en todos los aspectos de la prevención de conflictos, procesos de paz, operaciones y procesos de reconstrucción, mejorar la protección de las mujeres en los entornos afectados por los conflictos y terminar con la violencia sexual aparejada y asegurar que en los conflictos se aborde las necesidades específicas de las mujeres y la protección de sus derechos. Los conflictos armados profundizan los efectos de la desigualdad de género en una sociedad.

Como observa Callum Watson[36], las instituciones de Defensa «necesitan aptitudes diversas» de hombres y mujeres, nuevos roles y habilidades. La Agenda de Naciones Unidas sobre Mujeres, Paz y Seguridad define a las mujeres no sólo como víctimas principales de los conflictos armados, sino como un recurso valioso para prevenirlos y resolverlos[37].

De un sistema de «integración» de las mujeres a un ámbito masculino, a otro de «inclusión» de cualquier tipo de diferencia y en el que no haya un grupo dominante. La diversidad no incluye sólo el género, sino las minorías sexuales, religiosas, étnicas (por ejemplo, en España, ¿sólo me extraña a mí que, de casi un millón de gitanos, apenas haya gitanos militares?), personas con discapacidad, personas mayores también, etc. La Estrategia de Defensa británica, por ejemplo, se propone, de aquí hasta el 2030, que la organización militar sea un empleador inclusivo, comprendiendo mejor la diversidad social, eliminando todo tipo de abusos, acosos y barreras de entrada o promoción, evaluando de modo permanente la mayor o menor diversidad. Evaluar es mucho más que sumar números. ¿Y todo ello por qué? Pues porque de este modo el Ejército representa mejor a la sociedad a la que sirve, la representa como en un espejo, mejorando, con ello, su reputación y la confianza ciudadana, así como permitiendo a más personas asumir sus responsabilidades como ciudadano (de hecho, a mi juicio, el ingreso real de las mujeres en las fuerzas armadas es también una facultad comprendida en el derecho fundamental de participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos del art. 23.1 CE). Pero no sólo, dice el interesante documento, como un imperativo moral o constitucional, sino como una manera de mejorar la eficacia operativa porque se aporta con ella a las fuerzas armadas mayores y diferentes habilidades y competencias. Hay muchas maneras válidas de ser militar y se trata de atraer talento y creatividad. Ya avisaba John Stuart Mill[38], en 1869, que la servidumbre femenina privaba a la humanidad de la mitad de su genio e ingenio. Podemos preguntarnos, pues: ¿son, real y no sólo formalmente, las fuerzas armadas españolas actualmente una organización inclusiva?, ¿cómo superar la brecha entre las normas y la realidad?

[36] *Género y Defensa.* Caja de Herramientas de Género y Seguridad, Centro de Ginebra para la Gobernanza del sector de la Seguridad, OSCE y ONU Mujeres. Ginebra, 2019, p. 8. Pone el ejemplo de la misión de Estados Unidos en Afganistán, que ha mostrado que contar con mujeres en las operaciones creó menos hostilidad hacia la misión y permitió acceso a información que no se hubiera podido obtener de otra manera.

[37] K. Vechinski, ob. cit., p. 24.

[38] *La servidumbre femenina*, Tecnos, Madrid, 1965.

CAPÍTULO 24

MUJERES Y RESISTENCIA(S). LAS CARTAS DE LAS CONDENADAS A MUERTE DE LA RESISTENCIA Y LA (DIFÍCIL) CONSTRUCCIÓN DE UN PLURIVERSO INTERSECCIONAL[1]

Lucio Pegoraro
Profesor de la Cátedra de Derecho Comparado «prof. Lucio Pegoraro» de la Universidad de Salamanca

«Si me obligaran un momento a pensar en la diferencia de sexo
Como diferencia de capacidad espiritual
No sé qué sensación aterradora de desolación tendría
Quizás mi corazón se rompería
Como si me quitaran mi espíritu, mi experiencia histórica»

Piero Gobetti

(Carta a Ada, «*dievocka* maravellosa», de 23 de agosto de 1919,
en P. Gobetti, *L'editore ideale*, Vanni Scheiwiller ed., Milano, 1966, p. 52)

1. Prólogo

De la trayectoria académica de Paloma Biglino Campos, impresionante en muchos aspectos, lo que más me llama la atención es la inusual variedad de intereses. Muchos juristas, muchos constitucionalistas, muchos comparatistas se centran en uno o dos temas principales. Hacen de la «especialización» su punto fuerte. Paloma no, casi podría decir, citando y parafraseando a Terencio[2], «nihil umani alienum a se puta».

De los estudios históricos sobre la cuestión agraria (pero también Condorcet, Cádiz, etc.) a las fuentes y el procedimiento legislativo, especialmente la publicación de la ley; de los partidos políticos a las elecciones y el control electoral; de la ciudadanía a

[1] Este artículo reproduce, con algunos cambios, la ponencia desarrollada el 21 de marzo de 2024, en el marco del congreso «Mujeres, esfera pública y participación desde la interseccionalidad», Salamanca, 20, 21 y 22 de marzo 2024, publicada en Martín Guardado, S. (ed.), *Mujeres, esfera pública e interseccionalidad*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 65 y ss.

[2] *Heautontimorumenos,* I, 1, 25.

Europa; del federalismo a los derechos, incluidos los de la mujer. Tampoco faltan la justicia constitucional y la organización del poder.

La elección de un tema del que yo también me ocupe o me haya ocupado fue a la vez fácil (en muchos casos nuestros intereses coinciden) y difícil (¿cuál, entonces?). Al final, me decidí por algo que nos une no tanto académicamente, sino de algún modo espiritualmente: ambos somos hijos de partisanos (en mi caso, de una partisana) que lucharon por la justicia y la libertad durante los terribles años de la guerra: ella de Frankie (nombre de batalla), que luchó como «guastatore» (ingeniero de combate) en Alba, al noreste de Italia; yo de Eleonora, «ningún nombre de batalla, medalla de bronce al valor militar conferida porque cuando la detuvieron nunca dijo que en su casa de Vicenza estaban escondidos todos los documentos y los mapas de instalaciones militares alemanas»[3].

Ya en el pasado había escrito un pequeño artículo, titulado «Diritto costituzionale e Resistenza. Una breve rilettura attraverso le lettere dei condannati a morte (e le canzoni partigiane)»[4], buscando en ellas aquellos valores compartidos en la Europa violada por los nazis y los fascistas: justicia, libertad, deber, patria, Dios, familia, futuras generaciones...

En las páginas que siguen, quiero seleccionar, entre las cartas de los condenados, sólo las escritas por mujeres, para responder a algunas preguntas. En particular, si la diferencia de género está detrás de la elección de valores distintos; y si los valores afirmados en Europa durante la guerra son los mismos que los de otras mujeres que «resisten» a la opresión, en épocas y lugares diferentes.

El análisis de las cartas de los partisanos y —en nuestro caso— las partisanas que lucharon por afirmar justicia y libertad nos debería permitir entender el conjunto de valores que animaron las constituciones de la segunda posguerra; además, el estudio de otros acontecimientos donde fueron implicadas mujeres «resistentes» solicita la comparación y la búsqueda de valores comunes así como de diferencias profundas, y plantea el ulterior interrogante de si existen de verdad núcleos siempre compartidos, en el tiempo y en el espacio.

[3] Sólo lo supe leyendo la entrevista de Chiara Roverotto a Eleonora Candia Pegoraro en *Il Giornale di Vicenza*, 25 de abril de 1995. Mi padre a su vez formaba parte del mismo cuerpo militar de Frankie (ingenieros de combate), como telegrafista de las tropas aliadas.

[4] En *Ann. dir. comp. st. leg. 2015*, Esi, Napoli, 2015, pp. 521 y ss., en *Quad. sulla Resistenza e la RSI (1943-1945),* 1, 2014, pp. 1 y ss., y en Cortese, F. (ed.), *Resistenza e diritto pubblico,* Firenze U.P., Firenze, 2016, pp. 241 y ss.

2. Las distintas caras del método

Hablar de mujeres y Resistencia(s) implica distintos problemas metodológicos, sobre todo si quiero analizar la conexión entre los términos del binomio emoción/racionalización a través de una clave de lectura muy particular (y limitada), como son las cartas de las condenadas a muerte de la Resistencia europea.

2.1. El elemento emocional en el conocimiento

En primer lugar, debe plantearse la cuestión de si el conocimiento de lo que se estudia (y demuestra) asume la que Silvia Bagni llama «compasión», es decir no solo entendimiento de la «técnica» del otro, sino también de lo diferente de sí mismo[5]: «Tal calidad —escribe— permitiría llegar a conocimientos ulteriores sobre el ordenamiento objeto de estudio, que irían a complementar los adquiridos en la fase de «*comprensión*», donde, en cambio, el comparatista se mueve sobre un plan racional, llegando así siempre más cerca de su conocimiento integral»[6]. Recuerda que Pierre Legrand utiliza en este contexto la expresión «empatía», que considera «*a necessary ingredient of a meaningful, critical comparison*», y que «Mientras que la empatía de la que habla Legrand induce al comparatista a tomar en cuenta el contexto, la compasión le sugiere dirigirse al hombre, no tanto en cuanto *homme situé*, es decir absorbido en un preciso contexto histórico, social, económico, sino hombre de carne y hueso, experiencia de vida singular e irrepetible, con sus necesidades, intereses, deseos, ambiciones, sueños, miedos. De hecho, solo el amor une sin destruir lo que ha unido[7]; supone el «*tu*» —o sea el individuo— para crear el «*nosotros*», es decir la comunidad»[8].

Incluso «Para evitar una fácil hilaridad o juicios *a priori* despreciativos», S. Bagni recuerda a muchos filósofos, antropólogos, sociólogos, economistas, que destacan el papel del «amor» —la compasión— en la ciencia y el conocimiento, entre ellos N. Bobbio y G. Radbruch[9]: «[...] el filósofo y jurista Gustav Radbruch escribía sobre la ciencia del derecho: Pero el derecho, si bien toca, por decirlo así, con una mirada de soslayo, el alma humana viviente, como fuente de importancia secundaria de sus acciones relevan-

[5] Véase Bagni, S., «All you need [to compare] is love». En *Id.* (ed.), *El constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Filodiritto, Bologna, 2016, pp. 10 y ss.; *Id.*, «"All you need [to compare] is love" revisited», en *Comp. L.R.,* 9(2), 2018, pp. 54 y ss.

[6] *Ibidem*, p. 60.

[7] Madinier, G., *Conscience et amour*, Puf. París, 1938, trad. it. *Coscienza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 81; y además, «El amor no destruye a la diferencia, al contrario, la intensifica, aunque trasformándola» (p. 93).

[8] Bagni, S., «"All you...», *cit.*, pp. 60 y ss. De Legrand, P., véase «European legal systems are not converging», en *Int. and Comp. Law Quart,* 45, 1996, p. 77; además, en general, *Id.*, *Le droit comparé,* Puf, París, 1999, 3.ª ed. mise à jour, 2009.

[9] Bagni, S., «"All you...», cit., p. 59.

tes sólo jurídicamente, se aparta de lo único, que es necesario. Es la esencia y el pecado mortal de la ley y sus representantes, "creer que hay relaciones, en las que uno puede practicar con un hombre sin amor, pero tales relaciones no existen"»[10]. Por su parte, Norberto Bobbio, en *Il futuro della democrazia*, individuaba la tolerancia, la no violencia y la fraternidad como los valores básicos de la democracia, afirmando que la democracia podía devenir un «*hábito mental*» solo si se iluminaba por el espíritu de fraternidad que une a los hombres[11].

2.2. Comparación diacrónica: el aporte de la historia, la historia del derecho y la teoría general

Los comparatistas conocemos muy bien la diferencia entre la comparación sincrónica (cuando se confrontan ordenamientos cercanos en el tiempo o contemporaneos, aunque lejanos en el espacio) y la diacrónica (con la cual se desarrolla un objeto de comparación entre Derechos lejanos en el tiempo, pero en el mismo ordenamiento), y evidenciamos «el común caracter de comparación (que) vincula estrechamente la investigación comparatística a la histórica»[12].

La historia alimenta transversalmente los estudios comparatistas y su uso es para ellos imprescindible, en particular la historia del derecho: es «la principal disciplina que nosotros debemos atender, el verdadero, inteligente conocimiento del fenómeno jurídico», que «nos ha puesto en condición de penetrar en el alma de los sistemas jurídicos de tantos pueblos, tomándolos en la viva realidad de su desarrollo histórico»: la sencibilidad por la historia del derecho presupone «la voluntad de reconstruir los episodios jurídicos», sea hacia los fundamentos ideales que representan su base, sea «en la dirección de sus relaciones con los hechos políticos, sociales, económicos que han, de cerca o de lejos, ejercitado condicionamientos»[13].

---

[10] Radbruch, G., E*inführung in die Rechtswissenschaft*, Koehler, Stuttgart, 1964, trad. it. *Introduzione alla scienza del diritto,* Giappichelli, Torino, 1961, pp. 81 y ss.

[11] Bobbio, N., *Il futuro della democrazia,* Einaudi, Torino, 2010, p. 38: «¿puede surgir una costumbre sin el reconocimiento de la hermandad que une a todos los hombres en un destino común?».

[12] Losano, M. G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei,* Laterza, Bari, 2000, pp. 447 y ss.

[13] Bognetti, G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 27. En sentido similar, Gorla, G., «Diritto comparato», en *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 930. La diferencia entre la comparación sincrónica y la diacrónica puede reconducirse a aquella separación entre el Derecho comparado y la Historia del Derecho: en efecto, objeto de ambas disciplinas son los fenómenos jurídicos; sin embargo el historiador se compromete a desarrollar narraciones y descripciones de hechos o de eventos singulares en el contexto dinámico de los flujos generales (aunque sin excluir generalizaciones y clasificaciones), pero no se sirve de este conocimiento para operar parangones, en el que sí consiste el objetivo de la comparación jurídica. En todo caso, el comparatista se propone como finalidad instrumental el conocimiento de la evolución de un ordenamiento o de un instituto.

El estudio histórico es por otra parte fundamental para el análisis dirigido a la comparación, debido a que solo profundizando las investigaciones en la historia es posible tomar las raíces de los institutos y de las disciplinas, revelando los criptotipos, entendiendo analogías y diferencias. Solo el estudio histórico puede iluminar las génesis y la evolución de los institutos, permitiendo evitar grandes malentendidos.

Finalmente, el aporte del derecho comparado debe sumarse a la teoría general del derecho: ciencias que son deudoras la una a la otra, pues la investigación empírica consiente realizar conceptualizaciones y clases seguramente no «absolutas» temporalmente y espacialmente pero al menos generales y duraderas, y a su vez clases y modelos permiten racionalizar lo que existe a nivel científico y cognitivo, dando incluso utilizaciones prácticas en sede normativa o jurisprudencial[14]. G. Tusseau recuerda al respecto lo que decía en su *Tratado* J. Bentham, acerca de la teoría general del derecho: «Facilitará una comparación entre los derechos de distintas naciones. [...] Si una persona tiende a comparar partes de los sistemas jurídicos de dos naciones diferentes, debe necesariamente elaborar un plan común, al que llevarlas. [...] Ofrecería para cada uno de estos laberintos [es decir los diversos derechos nacionales], una guía uniforme y coherente»[15].

2.3. Otras claves de lectura útiles: literatura, cine, fotografía

Hay otras ciencias y disciplinas útiles para estudiar la Resistencia de las mujeres. En un reciente libro que he reseñado en la *Revista general de derecho público comparado*[16], Benedetta Tobagi se detiene también sobre el lenguaje de género: «el masculino de «estafeta» no existe [...] se trata de uno de los raros términos profesionales que tiene solo el feminino», mientras los varones se llamaban «oficiales de enlace», y la palabra «estafeta» se utilizaba al maximo para los niños[17] . O la sociología, en todas las páginas, por ej. en el capítulo «Morir estando vivas», sobre la retórica representación —incluso por parte de la prensa comunista— de la mujer violada, con irónicas comparaciones con la figuración católica de Maria Goretti, una niña violada que perdonó a su verdugo y por eso fue santificada; en las páginas tituladas «Matar el ángel del hogar»[18]; o donde —no

[14] Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, en Hart, H. L. A. (ed.), *Of Laws in General*, Althone, London, 1970; Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Harvard U.P., Cambridge, 1945.

[15] Las palabras de Bentham, J. en las conclusiones del tratado *Of Laws in General*, cit., son citadas por Tusseau, G., *Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, Bup, Bologna, 2009, trad. esp. *Para acabar con los «modelos» de justicia constitucional. Un ensayo de crítica*, Porrúa-Imdcp, México, 2011.

[16] Tobagi, B., *La resistenza delle donne*, Einaudi, Torino, 2022, reseñado en *Rev. gen. der. públ. comp.,* 34, 2023.

[17] P. 100. Sobre la «labor» de las estafetas —expresión utilizada también por Simone Weil— *vid*. Randon, B., *La scelta di Flora. Vita di Flora Cocco, la partigiana «Lea»*, Ronzani, Dueville, 2023, p. 81.

[18] Pp. 135 y ss.

distintamente de Sonia Residori, que recuerda que después de la Liberación a veces fue prohibido a las mujeres marchar junto a los partisanos varones— denuncia el «machismo» que impregna también parte de la Resistencia[19].

La historia de la Resistencia —como todo lo que pertenece a la ciencia y al ser humano— puede también ser comentada, vivida, transmitida y participada a través de la literatura. Una literatura inmensa, a la qe se añaden la producción cinematográfica, las artes figurativas, como la fotografía, el cínema y la musica («Bella ciao»! —cantada en todos los idiomas—)[20].

La documentación historíca, como en el libro de Benedetta Tobagi, puede tomar la forma de la literatura, transformando los hechos en emociones, los documentos en mensajes, las entrevistas en el camino hacia el futuro, que está a las espaldas. En este libro, la narración revela la sensibilidad de la Autora hacia la relación entre imágenes y literatura. Las páginas fluyen en un conjunto entre fotografías, comentarios a las mismas, y análisis socio-históricas, referencias literarias, anécdotas, documentos, testimonios... ¿Prevalece la fotografía o su comentario? ¿Podría sobrevivir el texto sin fotografías? ¿Y qué sentido tienen las fotografías de las partisanas, si no se contextualizan en un texto que las comenta, las ordena, las pone en un contexto?

Piénsese también, por ejemplo, en las famosas fotos de Robert Capa del desembarco de Normandía, así como las películas[21] y —por supuesto— no sólo los libros científicos, sino también los escritos que se detienen en historias particulares, «minimalistas» del 6 de junio del 1944, que sin embargo pueden impactar generando el cambio del contexto de valores y axiologías, que solo al final se traducen en normas jurídicas.

Otro perfil de la relación entre derecho y criptotipo cultural es la calidad literaria de las cartas de las condenadas (y los condenados). En su mayoría, a pesar del género, profesores y peluqueros, comerciantes y abogados, médicos y campesinos, empleados y estudiantes, amas de casa y obreros, todos y todas tienen en común la misma elección y el mismo destino, y todos y todas transforman sus últimas líneas en obras de literatura. Lo demostrarán las cartas que quiero poner al fondo de estas páginas, escritas por un herrero alemán, matado en el 1945, y una obrera checoslovaca de 22 años decapitada en Breslavia el 26 de marzo de 1943.

[19] «Retórica», pp. 307 y ss. Sobre las dificultades encontradas por las mujeres en la posguerra véase también Randon, B., *La scelta di Flora*, cit., espec. pp. 109 y ss.

[20] Quiero citar la colección «Biblioteca della Resistenza» publicada por RCS-*Corriere della Sera* en 2015, con nuevas ediciones de 25 libros clásicos sobre la lucha partisana. Acerca de la música, remito al último § de mi escrito «Diritto costituzionale e Resistenza», cit.

[21] Desde *El día más largo* hasta *Salvar al soldado Ryan*, y muchos otros; pero sobre todo pienso en el neorrealismo italiano de la posguerra, o en tantas películas francesas y también de otros países.

2.4. Cruzar clases lógicas y categorías

Otro problema es, si se puede comparar la Resistencia europea con otras «Resistencias».

Incluso los nazis «resistieron» hasta el último minuto en el *bunker* de la Cancillería del *Reich*, y los fascistas de la República social italiana hasta la capitulación, el 25 de abril de 1945. Es más: en la Rusia ocupada por la *Wehrmacht* y las *SS*, ambas partes combatían por su «patria». Para cimentar el amor de patria al sentimiento de clase, quizás insuficiente para movilizar el País contra el invasor, Stalin definí la Resistencia como «Gran Guerra Patriótica», evocando una palabra sacra en la cultura rusa: *Rodina*. A su vez, también los nazis evocaban conceptos parecidos, anclados en *Wolk*, *Lebensraum*, *Vaterland* y otros. Por supuesto, no estamos hablando de qualquier resistencia a un enemigo más fuerte, sino —utilizando categorías emotivas y metajurídicas— de las resistencias frente a la negación de la libertad, la justicia, la autodeterminación, incluso el imperialismo cultural, la globalización, la homogeneización, el racismo, la negación del pluralismo, la discriminación de género, etc. «Resistencia» tiene un núcleo semántico amplio, pero bastante definido. El protocolo adicional de los Convenios de Ginebra de 1977 incluye los conflictos armados en los que los pueblos luchan en contra de la ocupación colonial o extranjera y de regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de autodeterminación.

El último obstáculo metodológico se sitúa en la dificultad de cruzar los elementos arriba con el análisis de género. Al fondo, flota el conflicto entre un feminismo generalista (o universalista) y uno interseccional, que cruza otras categorías: no solo la raza[22], sino en general el tiempo y el espacio, la economía, la(s) cultura(s), la sociología y la antropología. La cartas de las condenadas a muerte plantean en primer lugar —además de si los valores de las condenadas de la Resistencia europea sean los mismos que animaron y animan otras «Resistentes», en distintos lugares del mundo— el interrogante de si los valores son propios solo de las mujeres, o compartidos con aqellos enunciados por los varones llamados a dividir la misma suerte; en segundo lugar, si, al fin, es más correcto dar prevalencia al valor «feminino» como categoría universal, o marcar su especificidad en contextos distintos, aceptando un «relativo relativismo».

Todo eso tiene mucho que ver con uno de los temas tópicos de la ciencia comparatista, es decir la circulación y los transplantes de ideas, culturas, normas, y solicita la

[22] *Vid*., por ejemplo, Garay Montañez, N., «Constitución ciega al color, racial profiling e inmigración latina», en *Rev. gen. der. públ. comp.,* 17, 2015; *Id*., «Raza, género y constitucionalismo: El pensamiento antiesclavista y feminista de Thomas Paine», *ivi,* 23, 2016; *Id*., «La revolución haitiana en los inicios del constitucionalismo: La cuestión de la raza y el sujeto jurídico y político», en *Historia const.,* 14, 2014, pp. 279 y ss.

pregunta de si se pueden exportar los valores del feminismo occidental en el desierto de Arabia u otros lugares parecidos[23].

3. El hecho emocional: las cartas de las partisanas

En mis artículos anteriores[24], analicé las cartas de los condenados a muerte sin distinción de género, con base y reagrupación en los valores afirmados: de vez en cuando, deber, justicia, libertad, familia, etc. Intentaré ahora seleccionar —utilizando el mismo critério— las cartas de las partisanas incluso para aclarar si el género influye en la selección de valores. La base de la documentación y clave de lectura la representa un libro coordinado por P. Malvezzi y G. Pirelli que —como escribió un colega italiano— debría ser enseñado en todas las escuelas: *Lettere di condannati a morte della Resistenza europea*, junto a dos más: *Lettere di condannati a morte della Resistenza italiana*, coordinado por los mismos autores, y *Muoio innocente. Lettere di caduti della Resistenza romana*, coordinado por M. Avagliano y G. Le Moli[25].

Estoy solo en parte de acuerdo con Gustavo Zagrebelsky quando en su «Nota introduttiva» al libro sobre la Resistencia italiana escribe que comentarla sería «parecido a una profanación» y casi «un acto de presunción ética y política»; recuerda que las cartas deberían ser leídas «como son, sin comentarios de lectura» y destaca que «No nos han puesto a prueba», ni tampoco «sabemos quienes somos»[26]. Como escribí a un colega que había compartido la conmoción provocada por las «Cartas», «Somos muchos, evi-

[23] Remito a mi «Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado», en Ferrer Mac-Gregor, E., y Herrera García, A. (eds.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch México, México, 2013, pp. 33 y ss., en Pegoraro, L., *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016, pp. 95 y ss.; *Id.*, «*Blows against the empire*. Contra la híper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido», en *Teoría y realidad const.*, 47, 2021, pp. 97 y ss., y en *Rev. cubana de der.*, Nueva Epoca, 1, 2021, pp. 53 y ss.

[24] Además del artículo citado en la nota 3, véase «Las raíces de las "Constituciones con constitucionalismo": La Resistencia al nazi-fascismo y la construcción de las Constituciones europeas», en Prats, E. J. (ed.), *La organización del poder para la libertad. Liber Amicorum en homenaje al Mag. Milton Ray Guevara*, Librería Jur. Int., Santo Domingo, 2020, pp. 83 y ss., en AA.VV., *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, 2 vols, Università degli studi di Torino-Esi, Napoli, 2020, II, pp. 151 y ss., y en *Rev. int. de der. públ.,* 1, 2021, pp. 219 y ss.

[25] Malvezzi, P., y Pirelli, G. (eds.), *Lettere di condannati a morte della Resistenza europea*, Einaudi, Torino, 1963; *Id.*, *Lettere di condannati a morte della Resistenza italiana*, Einaudi, Torino, 1952, reimpr. RCS, Milano, 2015; Avagliano, M., y Le Moli, G., *Muoio innocente. Lettere dei caduti della Resistenza romana*, Mursia, Milano, 1999. Hay muchisimos otros libros que recopilan testimonios y documentos, donde se expresan los mismos valores. Entre los que he consultado, además de Randon, B., *La scelta di Flora*, cit.; Milan, M., y Vighi, F. (eds.), *La resistenza al fascismo. Scritti e testimonianze*, Feltrinelli, Milano, 1962; limitados a un área especifica, Residori, S., *Il coraggio dell'altruismo. Spettatori e atrocità collettive nel Vicentino 1943-'45*, Ed. Centro Studi Berici, Vicenza, 2004; Liceo Classico «F. Corradini», Thiene, *Per capire la Resistenza nell'Alto Vicentino*, Meneghini, Thiene, 1985. Véanse también las notas 51 y 52.

[26] Zagrebelski, G., «Nota introduttiva», en Malvezzi, P., y Pirelli, G. (eds.), *Lettere di condannati a morte della Resistenza italiana*, cit., pp. 5 y ss.

dentemente, los que han tenido padres valientes. Nos regalaron la libertad y la paz, y con ella la imposibilidad de demostrar que habríamos podido estar a su altura». Sin embargo, Zagrebelsky se detiene en una mirada individualizada, particular de *cada* carta, que no puede ser interpretada, comentada, participada, compartida, vivida sin conocimiento de sus razones profundas, las historias personales, lo que está atrás. Algo distinto es estudiar las cartas en su conjunto[27].

Me parece que la mirada de Zagrebelsky refleja en parte la de Enrico Opocher: «El único documento sobre el cual poderse basar» para entender el ideal de justicia en la Resistencia y la Resistencia misma son las *Cartas de condenados a muerte de la Resistencia europea*, de las cuales «emerge en todo su valor el carácter espontáneo y peculiar de la ideología de la Resistencia». En tal documento se manifesta «con sorprendente vigor el descubrimiento de los valores universales en su nexo unitario, como si la desperada experiencia de la lucha contre el nazifascismo hubiera revelado, junto al clímax de la existencia terrenal de esos pobres moribundos, la superioridad del eterno frente al contingente, del social frente al individual».

Por Uberto Scarpelli, sin embargo, «insistir en este carácter me parece peligroso», porque «Ello conduce a confundir, en el fervor del despertar moral, las fuerzas políticas que se han resistido al fascismo durante toda la vita del régimen y las fuerzas políticas que han emprendido la vía de la resistencia al fascismo solo en el momento, que el fascismo ha procurado la debacle nacional. Ello conduce a confundir las fuerzas políticas que oponen al fascismo una visión del mundo y una cultura profunda y orgánicamente

[27] Un ejemplo de la diferencia entre el estudio de los casos aislados, y la investigación sobre un conjunto, la ofrecen la produción cientifica y los debates parlamentarios sobre el covid-19, cuando en el plazo de tres-cuatro años casi todos los profesores y investigadores, así como los parlamentarios italianos y de otros países, prefirieron ocuparse casi solo de la tutela constitucional de los derechos, la conformidad de la ley a la Constitución cuando limita los derechos y la distribución de las competencias entre los poderes del Estado, en particular Parlamento y Gobierno, siempre para criticar la limitación de los derechos. Comentando más de 2.000 libros y artículos —a pesar de la buena fe de cada autor en defender los derechos— se puede deducir que solo unos veinte autores se han detenido en temas como igualdad, deberes, solidaridad y comunidades más débiles, que han sido dejadas al margen o ignoradas. Las pocas excepciones son limitadas a algunos escritos acerca del impacto del covid sobre el llamado Sur del mundo. Se puede llegar a conclusiones generales, sin interferencia en el valor de cada contribución, sea de los investigadores, sea de los parlamentarios: al final, esta «orgia de derechos humanos», como la define G. U. Rescigno, hace que se olvide que el hombre vive también de solidaridad comunitaria. [Cfr. Rescigno, G.U., «La teoria costituzionale di Luigi Ferrajoli», en *Costituzionalismo.it,* 3, 2008, p. 3. La frase de Rescigno la evoco también en «Iper-costituzione, decostruzione della *Stufenbau* e nuovi criteri legittimativi del diritto», en *DPCE online*, núm. especial, 2021, pp. 9 y ss.] Véase mi artículo «Il diritto all'aperitivo, ovvero: una (micro) meta-ricerca sulle curiosità della dottrina giuspubblicistica in tempi di pandemia», en AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, 2 vols., Egea, Milano, 2023, II, pp. 281 y ss., trad. esp. «Derechos y nada más: Los silencios de la doctrina jurídica en tiempos de pandemia», en García Belaude, D., y Paiva Goyburu, D. (eds.), *Derecho y docencia como vocación. Libro homenaje a José F. Palomino Manchego*, Adrus, Lima, 2022, pp. 277 y ss.

Igualmente, en los debates parlamentarios, no solo italianos, las excepciones son limitadas: solo algunos diputados han destacado que la pandemia ha provocado desequilibrios entre varias regiones del mundo y que un deber de solidaridad y de comunitarismo debía comprometer el País hacia los Países más desaventajados.; cfr. Marangelli, A., «Diritti (tanti), doveri (pochi) nel dibattito parlamentare italiano sull'emergenza sanitaria», en *Dirittifondamentali.it,* 3, 2021, pp. 413 y ss.

antifascista y las fuerzas políticas con una cultura muy cercana a la del fascismo o de esa no distinguible y separable con certeza, y reaccionan a la extrema abyección moral del fascismo en sus últimos años»[28].

La lucha partisana en los años de la guerra nos ofrece la prueva que el orden constitucional europeo tienes sus bases firmes en valores compartidos, pese de los éxitos a veces distintos a nivel formal. En el Viejo Continente, la Resistencia a los fascismos fué el fenómeno que permitió la alineación del formante cultural e ideal a las «formas» de las nuevas Constituciones, o en algunos países, donde las antiguas Constituciones no fueron formalmente reformadas, se transformó la idea del Derecho constitucional.

Desobedeciendo a Zagrebelsky, entonces, podemos intentar una interpretación en su conjunto de las cartas escritas por las partisanas europea, para llegar al final a algunas conclusiones sobre los valores compartidos, la diferencia —si la encontraremos— con las cartas escritas por los varones, las analogías y diferencias con otras «Resistencias».

4. Los valores afirmados

Las mujeres pagan un tributo que no es solo —como en la tradición de las guerras— por la perdida del amor de sus hombres, padres y maridos y hijos, sino que es directo, de sangre, de torturas, de violencias, con su vida perdida. Lo testifican también los documentos de denuncias de las partisanas, recogidas después de la guerra por Sonia Residori en *Il coraggio dell'altruismo*, citado en una nota anterior[29], y entre tantos historiadores y tantas historiadoras por B. Randon, *La scelta di Flora*, igualmente ya citado[30].

4.1. La familia

Muchas cartas solo describen la hinumanidad; no evocan valores, solo recuerdos, como la de Katia Susanina, rusa, de 15 años, esclava de un barón aleman, que vivía en una granja de cerdos con los cuales competía por la comida, y escribe a su padre: «Tengo mucho miedo de «Clara». Es una marrana gorda y ávida. Una vez, mientras tomaba una patata del abrevedero, por poco no me mordía un dedo», y maledice Alemania y los alemanes[31], no distintamente de Nina Popcova, rusa de 20 años («Estos bárbaros, ase-

[28] Véase Opocher, E.; Benvenuti, F.; Berti, G., y Gallo, E. (eds.), *Giustizia e Resistenza*, Padova, Marsilio, 1977, e *ivi* Opocher, E., «L'ideale di giustizia della Resistenza e la sua attuazione nel nuovo stato democratico», pp. 68 y ss., y Scarpelli, U., «Intervento», pp. 233 y ss.

[29] Nota 25.

[30] Nota 17.

[31] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 795.

sinos... ¡Nos quitan nuestra joven vida!»[32]. Su carta, lo confieso, me solicita solo odio —no tengo las dudas de Zagrebelsky— hacia quienes provocaron el horror del nazifascismo, y el interrogante de si puede ser posible que todavía hoy hay quienes siguen apoyando su ideología de muerte, de abuso, de racismo. Y así muchas otras, como las de Maria Luisa Alessi, empleada italiana de 33 años, que señala el riesgo de las delatoras[33], o de Franca Lanzone, 25 años, ama de casa, que como escribe en sus breves líneas va a morir «sin rancor»[34], al igual que los fragmentos escritos en los muros de las cárceles por jóvenes partisanos y partisanas rusos[35].

Como en las de los varones, en varias cartas donde las partisanas manifiestan su amor por los padres, los hijos, los familiares, los amigos, piden perdón por el dolor provocado[36]. Así escribe a su madre Ana Mlejnková, empleada checoslovaca de 29 años: «Yo sé que te doy el dolor más grande de tu vida, perdóname [...]. Debes vivir y ser valiente, para hacerle bien al mundo, por mí, mamá, te lo ruego [...] Sé como tu hija»[37]. (Aquí sin embargo aflora también la preocupación por las generaciones futuras.) Y Paola Garelli (apodo Mirka, peluquera italiana, 28 anni, fusilada en Savona)[38]: «Yo estoy tranquila —escribe a su pequeña niña—. Debes decir a nuestros queridos parientes, abuela y los demás, que me perdonen por el dolor que voy a causarles. No debes llorar ni avergonzarte por mi. Cuando crezcas entenderás. Sólo te pido una cosa: estudia, yo te protegeré del cielo»; Mira Cicota (30 años, ama de casa, Jugoslavia)[39]: «pero yo he hecho todo con buenas intenciones y honestidad»); Aleksandra Ljubić (30 años, obrera, Jugoslavia)[40]: «No he hecho nada malo y si tendré que morir sonreiré a la muerte [...] Hoy que millones de hombres van inocentes hacia ella, yo estaré entre ellos.». Anka Kneževic (19 años, estudiante, Yugoslavia)[41] escribe a su madre: «No avergüences de la muerte de tu hija, ya que voy a morir como muchos por el bien del pueblo»; sin embargo añade en otra carta dirigida a su hermano: «Tu hermana se va por el bien de todos los que os quedáis [...] Con nuestros huesos y cadáveres vas a construir un mundo nuevo, donde las personas vivirán como iguales y tendrán todos los derechos».

---

[32] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 789.

[33] *Lettere* (Resistencia italiana), cit., p. 46.

[34] *Lettere* (Resistencia italiana), cit., p. 238.

[35] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 793 s.

[36] Lo subraya también Enriques Agnoletti, E., «Prefacio», en Malvezzi, P., y Pirelli, G. (eds.), *Lettere di condannati a morte della Resistenza italiana*, cit., pp. 21 y ss.

[37] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 211.

[38] *Lettere* (Resistencia italiana), cit., p. 199, y *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 535.

[39] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 579.

[40] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 581.

[41] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 589.

4.2. Más allá de la familia: los valores explicitados

Muchas veces, las partisanas no solo se despiden de sus seres queridos, se despiden del mundo, evocan recuerdos, piden disculpas, sino también explican y reivindican los valores que querrían afirmar con su elección consciente de poner en riesgo su vida. En las cartas de las condenadas los valores se mezclan, están en el mismo nivel, pero a menudo prevalece la afirmación de que justicia, libertad, patria, clase, y sobre todo «deber» están por encima.

En su semplicidad, lo atestigua la última carta de una partisana francés, Olga Bancic[42], que escribe a su hija: «Niña mía adorada, mi amadísima, tu mamá te escribe su última carta, mi pequeña. Mañana, 10 de mayo, a las 6, ya no estaré. Hija mía, no llores. Tu mamá tampoco llora. Me muero con la conciencia limpia y confiando che tendrás una vida más feliz y más tranquila de la que tuvo tu mamá, ya al final de su sufrimiento. Sé orgullosa de tu mamá, hija mía».

Irma Marchiani (Anty, fusilada a Pavullo, 33 años, ama de casa)[43], en su última carta resume en pocas líneas familia, futuro, patria, deber, libertad: «Mi adorada Pally, son los últimos instantes de mi vida. Pally adorada te digo a ti saluda y da un beso a todos los que me recordarán. Créeme nunca hice algo que pudiera ofender a nuestro nombre. Hé oído el llamado de la Patria por la qual hé combatido ahora estoy aquí [...] en poco ya no estaré, me muero segura que hice todo lo posible para el triunfo de la libertad»; pocos días antes había escrito «En mi corazón se ha formado la idea (desafortudanamente no percipida por muchos) de que cada uno más o menos tiene el deber de contribuir».

Parece paradójico que el sentido del deber se une, en los partisanos y partisanas que ofrecían su vida, incluso a un sentido de culpa por haber dado demasiado poco: una muy joven partisana rusa, Irina Maložon, escribe, sacrificando su vida: «No tengo miedo de la muerte, solo siento de haber vivido poco, de haber hecho poco para mi país»[44]; Elena Konstantinova Ubijvovk (otra chica rusa, estudiante de 22 años[45]) «Cumpliré con mi deber, no implicaré a inocentes, y si es necesario moriré como valiente»; y Nina Popcova, rusa de 20 años, lanzada en paracaídas tres veces tras la trinchea y ya citada[46]. «Mamá, querida, de nuevo adiós... No nos veremos más. Voy a morir. ¡Y sin embargo cómo me encantaría vivir! Soy joven, solo tengo 20 años, y la muerte me mira a los hojos... ¡Cómo me habría gustado trabajar, servir la Patria!».

Patria es un vocablo usado muy a menudo, en las cartas de las condenadas (así como los condenados), sobre todo del Este de Europa y Russia que combatieron la

[42] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 334.
[43] *Lettere* (Resistencia italiana), cit., p. 264, y *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 541.
[44] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 773.
[45] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 777.
[46] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 789.

«Gran Guerra Patriótica»: escribe la muy joven estudiante Elena Konstantinovna Ubijvovk, 22 años[47]: «De aquí, del corazón del fascismo, veo claramente cual refinada ferocidad es ésta (...). No le temo a la muerte y moriré serenamente. Os beso a todos por la última vez y abrazo muy fuerte. No estoy sola. Vengan mi muerte. Con nosostros está la Patria, con nosotros está Stalin. ¡Victoria!»; Ludmila Směliková, 23 años, cecoslovaca: «Hoy es el último día de mi vida, son las 8.30 de la mañana. A las 4 de la tarde ya no estaré entre los vivos. ¡Qué bonita ha sido mi vida! Incluso mi infancia ha sido bella y triste. Todo eso ha pasado. Pero yo no lloro. Soy valiente, sigo los pasos de mi querido marido, de mi padre y de todos aquellos que ya no están. No tenéis que creer que morir por la patria, que tanto he amado, sea una cosa terrible»[48]; Paša Savel'eva (campesina rusa de 22 años)[49]: «Se acercan oscuros, terribles minutos. Todo mi cuerpo está mutilado, las manos, las piernas... Pero voy a morir sin haber hablado. Es terrible morir con 22 años. ¡Cómo me habría gustado vivir! En nombre de la vida de los que vendrán después de nosotros, en tu nombre, Patria, non vamos... Vuélvete grande, hermosa, patria mía, adiós. Y finalmente Dìmitra Tatsou (griega, peluquera, 23 años)[50]: «Mamá, pierdes a una hija que no era tuya, porque le pertenecía primero a Grecia. Con mi muerte se vuelven hijas tuyas todas las hijas de Grecia, y tu te vuelves madre del mundo entero, de los pueblos que luchan por la libertad, la justicia, y la humanidad. Sé orgullosa, nunca habría esperado este honor, morir, yo, una pobre chica del pueblo, por ideales tan bellos y nobles».

Otros documentos testifican lo que estaba atrás del coraje y la abnegación de todas estas jóvenes mártires; por ej., en relación a la guerra partisana en Italia, podemos recordar todas las combatientes narradas por Benedetta Tobagi[51], Sonia Residori[52] y Benito Gramola[53]: Luigina, Agnese, Rina, Alberta, Flora, Lina, Maria, Teresa, Lisetta, Elena, Cesira, Angelina, Elisabetta, Giovanna, Lia, Ida, Zaira, Leda, Nora y muchas otras. «Justamente las mujeres —escribe Gramola— que el fascismo querría solo mujeres bellas y fuertes, sino madres sumisas y poco cultas, lograron movilizarse en masa para defender su dignidad y su derecho a una función activa en la sociedad civil; al contrario, defenderon e incitaron a la rebelión de los mismos soldados, que escapaban a casa para buscar refugio y protección». En la Resistencia italiana (y en general europea) —añade

[47] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 777.
[48] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 212.
[49] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 798.
[50] *Lettere* (Resistencia europea), cit., p. 455.
[51] *La resistenza delle donne*, cit.
[52] En *Donne in guerra. La quotidianità femminile nel Polesine del secondo conflitto mondiale*, y en *Il Guerriero giusto e l'Anima bella. L'identità femminile nella Resistenza Vicentina (1943-45)*, respectivamente Minelliana, Rovigo, 1996, y Ed. Centro Studi Berici, Vicenza, 2008; más recientemente *Id.*, *Sovversive, ribelli e partigiane. Le donne vicentine tra fascismo e resistenza (1922-1945)*, Cierre, Sommacampagna, 2021.
[53] En su libro *Le donne e la Resistenza. Interviste a staffette e a partigiane vicentine*, La Serenissima, Vicenza, 1994.

S. Residori— «estudiar y interpretar estas mujeres significa tener en cuenta una memoria pública que, estratificada por décadas, las representó solo como madres (o hijas o viudas o hermanas) de los combatientes. Por el contrario, en medio de sufrimientos y renuncias, de la guerra no solo nacen nuovas formas de auto-afirmación [...], sino resurgen viejas formas de protesta y las mujeres vuelven a hacer oír su voz, fuerte y clara, a veces iracunda»[54].

5. Comparación e interpretaciones de género

En mis artículos anteriores, había destacado que los valores prevalecientes afirmados en las cartas de los condenados —mujeres y hombres sin distinción— al lado de familia, Diós y patria, y sobre todo deber, son los de justicia y libertad[55]. Se añaden las futuras generaciones, la clase, el partido. Nunca se reivindica algo por un interés particular. Siempre he subrayado que en las cartas de los condenados a muerte nunca se encuentra la palabra «derechos». Entre las centenas leídas, me había olvidado de la carta de Anka Kneževic, citada *supra*[56], donde ella escribe que «las personas vivirán como iguales y tendrán todos los derechos», aunque pienso que la traducción correcta debería ser «libertades». Como testimonia la hija de la partisana Angela de Cao, «algo importante que mis padres [...] lograron transmitirnos, es aquel sentido de honestidad, de *derechos deberes*, yo digo, de cumplir con nuestro deber y reivindicar nuestros derechos, y sobre todo respetar todos»[57].

En los testimonios de las partisanas, que comparten los demás valores, acentuando los valores familiares, no he encontrado la reclamación de justicia social[58]. No falta en cambio el internacionalismo proletario, cuando algunas condenadas evocan su papel en las organizaciones del partido. Es más frecuente en comparación con las cartas de los partisanos —aunque raro— una referencia a la venganza. No se encuentra ninguna

[54] Residori, S., *Sovversive, ribelli e partigiane*, cit., p. 124.

[55] La dificultad de conciliar los dos términos es resumida en páginas y líneas memorables, y encuentra expresión eficaz en las palabras de Piero Gobetti: «la sustitución del mito igualitario con el mito libertario marcaría (...) el agotamiento del sentido de la iniciativa y de lucha frente al prevalecer de los sueños de palingénesis y de tranquila utopía». Encuentran sin embargo composición, las dos almas, no sólo en el proyecto del movimiento «Justicia y libertad», sino también en la síntesis que, como destaca gran parte de la doctrina constitucionalista, logró hacer de ellas la Constitucion italiana. Véase Gobetti, P., «Il liberalismo e le masse», I, en *Rivoluzione liberale*, 25 de marzo de 1923, ahora en *Id.*, *Dizionario delle idee. Le radici e le ragioni del liberalismo rivoluzionario*, Editori Riuniti, Roma, 1997.

[56] *Vid*. *supra*, nota 41.

[57] Randon, B., *La scelta di Flora*, cit., p. 159.

[58] Ya he subrayado que en las *Cartas* el llamado a la justicia figura expresamente pocas veces: más apremiante era a la libertad: contra «los invasores», en los escritos europeos; contra los fascistas (solo hay esporádicas referencias a los nazis o los alemanes), en Italia. Véase también, al respecto, Enriques Agnoletti, E., «Prefacio», cit., pp. 16 y ss., pp. 21 y ss.

reivindicación de género. Como escribe Sonia Residori, entre las mujeres «En la mayoría domina el sentimiento de odio por la guerra y el deseo de paz a cualquier precio»[59].

Sin embargo, no consiguimos percibir diferencias profundas entre las cartas de las mujeres y las de los varones. En estas últimas también —aunque con excepciones— prevalece la parte emocional sobre la racional, desmintiendo un lugar común que sitúa la diferencia justamente en estos elementos. Diferencia que a veces la destacan incluso los comentaristas —y también *las* investigadoras— cuando reivindican el papel de las mujeres en las luchas y las Resistencias, para intentar desmentirla. La actitud «patriarcal» de nuestras sociedades casi se sorprende de que la mujer pueda ser valiente como un hombre. Así, por ejemplo, comenta las cartas de las partisanas el «Prefacio» del libro sobre las cartas de los condenados italianos, tomando como paradigma a los varones: «Y si es verdad que las mujeres han hecho todo lo que había que hacer, han actuado como hombres, también es verdad que a menudo han sabido conservar una nota particular, una claridad de conciencia y ese espíritu de sencillez y modestia que tan a menudo aportan [...] en el cumplimiento de sus deberes femeninos»[60].

Responde Joyce Lussu, escritora, partisana, medalla de plata al valor militar: «Siempre he reputado ser mujer algo positivo, una ventaja, un desafío alegre y agresivo. ¿Hay quien dice que las mujeres son inferiores a los varones, que no pueden hacer eso o aquello? ¿Ah, sí? ¡Les mostraré! ¿Que hay que tenerles envidia a los varones? Todo lo que hacen, puedo hacerlo yo también. Y además, también puedo tener un hijo»[61].

6. «Otras resistencias» y consideraciones finales

La historia de *las Resistencias* está imbuida de mujeres: cruzando los siglos, quiero evocar aquí Valentina Ramírez Avitia, revolucionaria mexicana, escuchando la emocionante canción a ella dedicada («La Valentina»); Dolores Ibárruri Gómez, conocida como «La pasionaria» de la guerra civil española; Ayse Deniz Karacagil, joven partisana que murió hace unos años combatiendo al lado de los curdos, —llamada «Cappuccio Rosso» en otra canción, de Roberto Vecchioni—, a la cual Angelo Rinella y yo hemos dedicado el manual «Sistemi costituzionali»[62]. Y muchas otras mujeres, entre ellas las madres de la Plaza de Mayo, las chicas de Teherán, la maravellosa cantante Miriam

[59] Residori, S., *Sovversive, ribelli e partigiane*, cit., p. 124.

[60] Enriques Agnoletti, E., «Prefacio», cit., p. 23. Destaca Carducci, M., «Las "sin partes" del derecho comparado. En los orígenes de la ocultación de las mujeres en la enseñanza constitucional», en *Rev. de educación y der.,* 18, 2018, p. 3, que «el constitucionalismo moderno, como cultura política, y el derecho constitucional, como un conjunto de reglas y doctrinas de estudio de las Constituciones, nacen y evolucionan hacia una dimensión androcéntrica que ha condicionado la elaboración del derecho constitucional comparado y su enseñanza como forma de conocimiento de la realidad».

[61] Citada por Randon, B., *La scelta di Flora*, cit., p. 189.

[62] Giappichelli, Torino, 2020, 2.ª ed. 2024.

Makeba, que luchó al lado de Nelson Mandela en el rescate de los pueblos negros de Africa del Sur; y las campesinas de Cajamarca en Perú, que durante dos años manifestaron todas las tardes para defender su lago sagrado contra la explotación de una empresa minera[63]. La Resistencia no tiene fronteras, no tiene lugares, no tiene tiempos. A pesar de las diferencias, lo que une las Resistencias femininas, a pesar del tiempo y el espacio, son valores trascendentes, como los evocados arriba.

Cada Resistencia sin embargo tiene sus inspiraciones y objetivos, así como cada reivindicación de las mujeres tiene objetivos e inspiraciones distintas. Lo que la ciencia comparatista enseña es que es erróneo exportar tales reivindicaciones en lugares donde el caldo de cultivo, el *milieu*, el *habitat* no son los mismos. Las mujeres blancas, burguesas, ricas e integradas (auque parcialmente) de las capitales europeas o del Norte de América no pueden pretender que sus reclamaciones sean las mismas de las campesinas de América Latina o Asia o África. Muy bién lo enseña la experiencia de Rojava y las partisanas curdas, donde la participación activa en la lucha produjo una teoría de la Constitución que coloca las mujeres en el centro del sistema político-normativo, y no solo como objetos pertenecientes a una clase debil que se debe tutelar[64]. Sobre todo donde la discriminación de las mujeres se une a otras, como la racial además de la clase social[65].

En conclusión, las claves de lectura de las cartas de las partisanas propuestas en estas páginas son varias y distintas:

> La primera es semántica: hay que definir «Resistencias», porque incluso las mujeres alemanas lucharon hasta la última hora para defender la Cancillería del *Reich*, y en los *Lager* fueron capturadas muchas mujeres nazis que habian resistido al avance de los aliados y de la Armada Roja;
>
> La segunda es comparativa y metodológica: no se pueden exportar valores que pertenecen solo a una cultura —la cultura burguesa occidental de los últimos dos siglos—, negando y no compartiendo también los otros, propios de culturas distintas;
>
> La tercera es teórica: las diferencias de género no ocultan las intersecciones con otros elementos, como tiempo, raza, sistema económico, cultura, etc.; el patriarcado

[63] ... y a las cuales he dedicado un doctorado h.c. que me otorgó una Universidad de la ciudad.

[64] Véase Gerber, D., y Brincat, S., «When Öcalan met Bookchin: The kurdish freedom movement and the political theory of democratic confederalism», en *Geopolitics,* 26, (1), 2018. De Öcalan, A., v. (en la ed. italiana) *Il PKK e la questione curda nel xxi secolo*, Punto Rosso, Milano, 2013; *Id.*, *Oltre lo Stato, il potere e la violenza*, Punto Rosso, Milano, 2016; *Id.*, *Civiltà e verità. L'era degli dei mascherati e dei Re travestiti. Manifesto della civiltà democratica*, vol. 1, Punto Rosso, Milano, 2019; *Id.*, *La civiltà capitalista. L'era degli Dèi senza maschera e dei Re nudi. Manifesto della civiltà democratica*, vol. 2, Punto Rosso, Milano, 2021, y además Locchi, M. C., y Paffarini, J., «Una democrazia oltre lo Stato? Il modello confederale del Kurdistan siriano», en *DPCE online,* 1, 2023, pp. 163 y ss.

[65] Véase Garay Montañez, N., «Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder», en *Rev. gen. der. públ. comp.,* 27, 2020.

afecta a todas las instituciones, pero tiene fenomenologías distintas en las distintas épocas y lugares;

La cuarta, aunque aquí ha sido abarcada al principio, es epistemológica, y provoca el interrogante de si el elemento emocional —la «compasión»— es propio solo de las mujeres, o si por el contario justamente la lectura de las cartas de los y las condenados/as de la Resistencia demuestra que sobre la emoción se edificaron las bases de las constituciones europeas (así como, en otras Resistencias, de sociedades más «justas»).

Concuerdo con Scarpelli sobre dos asuntos: las *Cartas* no pueden ser la única clave de interpretación; y «La interpretación de la Resistencia no debe (...) volver a encontrar y representar a toda costa una unidad ideológica y política, sino reconocer la diversidad de las ideologías y de las fuerzas que operaron en ella, componiéndolas y ordenándolas en un cuadro general».

Estoy de acuerdo con Opocher sobre la exigencia de leér las bases de las ideas de justicia, de libertad, de igualdad, no solo en los informes oficiales, sino también en lo que viene expresado por quien, para instaurar un nuevo orden, las evoca en el momento en el cual no se puede mentir. Opocher —sin decirlo abiertamente— nos señala el sentido más profundo de soberanía popular, de arbitrio sobre el destino de una comunidad, de participación en las elecciones, sobre todo aquellas para las generaciones futuras.

El universalismo evocado por Opocher se encuentra en las cartas de los condenados de toda Europa (el ser humano que se para «por un instante sobre las pequeñas cosas perdidas y sobre todo sobre los afectos familiares»), así como en ellas se encuentran los ideales de justicia y libertad; sin embargo allí, en las *Cartas*, se encuentran también las distintas visiones y perspectivas señaladas por Scarpelli, traducidas más tarde en la Constitución italiana y otras, donde ideologías y concepciones políticas distintas logran el equilibrio que habría fundado el nuevo Derecho constitucional[66].

Las ideas de la Resistencia son las ideas de sus militantes y sus mártires, tomados y tomadas uno a uno, una a una, tomados y tomadas en las distintas unidades de combate, tomados y tomadas en su conjunto. Son las ideas confluidas, en la Europa liberada de los fascismos, en un nuevo modelo de Estado, pero antes, de sociedad, y luego de Costituciones: Constituciones inspiradas y escritas por quienes estaban convencidos, como la partisana Eleonora Candia, «de estar del lado de los justos, y eso no era poco»; que «Los ideales superan el miedo. Y sean cuales sean los ideales persiguidos, siempre llega el momento en el cual hay que pagar». Y que, por esto ideal, «recuerden que deben estar dispuestos también a combatir»[67].

[66] Referencias *supra*, § 3 y nota 28.

[67] *Il giornale di Vicenza*, cit.

7. Dos páginas de literatura

Justamente con el elemento emotivo quiero cerrar estas líneas. En su «Prefacio» al libro de las cartas de los condenados europeos, Thomas Mann se detiene en algunas páginas impresionantes de jóvenes de toda Europa[68]. Leyendo sus palabras, leyendo sus comentarios —donde destaca que no hay diferencia entre creyentes y ateos, porque «todos ellos no pueden renunciar a creer que su muerte fecundará benéfica el futuro»— y sobre todo leyendo las palabras de los (y las) «pobres moribundos», pienso en cuántas merecerían el premio Nobel de literatura, u otros importantes reconocimientos[69].

Por mi parte, quiero proponer dos cartas —la primera de un partisano, la segunda de una partisana— que han trasformado en poesía los valores sobre los cuales se edificó un modelo de Europa que por acerca de 80 años ha vivido en paz, aúnque con muchos límites y discriminaciones. No son licenciados ni tampoco doctores, son un herrero y una obrera.

La primera es la carta de Hermann Danz, alemán de 38 años, emigrado en Unión Sovietica, regresado a su tierra natal, uno de los pocos resistentes alemanes, capturado y ejecutado el 5 de febrero de 1945[70].

> «Mi querida chica,
>
> [...] es una sensación muy rara estar encerrado en una celda estrecha, separado de todo lo se ama y se aprecia en esta tierra, y saber que lo que fue ya no será. Detrás de todos los pensamientos de pasado y futuro está un «nunca más». Cada día veía la puesta del sol y sabía que nunca más podría ver su subida al cielo diaria. Cuando los brotes al lado de las ventanas de la cárcel empezaban a tomar color, delicadamente antes, casi sin que se notase, y luego con un rojo encendido, finalmente desvaneciendo y cayendo, me parecían un símbolo de mi situación. Ineludible como este lento morir fluye igualmente mi tiempo. Nunca he visto hojas morir en tanta belleza como esta vez, que es la última en la que mis hojos verán este espectáculo.
>
> Han muerto, las hojas delante de mi ventana, la última cayó y mi tiempo también se acaba. Claro, las hojas volverán. Ya en pocas semanas volverán a aparecer, y en la primavera que viene sonreirán al sol en su luminosa belleza. Todo será como antes. Solo yo ya no estaré. «¡Nunca más!».
>
> ¿Estoy desesperado por eso? ¿Lo he estado en las últimas semanas? No. Conforme subía la conciencia de que nada me podría salvar, aumentaban dentro de mí las

[68] Mann, T., «Prefacio». En Malvezzi, P., y Pirelli, G. (eds.), *Lettere di condannati a morte della Resistenza europea*, cit., p. XIV.

[69] En cambio, el Premio Nobel de la Paz del 2023 fue otorgado a Narges Mohammadi, del movimiento «Mujeres, Vida y Libertad» de las mujeres de Irán. El premio se le asignó «por su lucha contra la opresión de las mujeres en Irán y la promoción de derechos humanos y libertades para todos». Mohammadi está actualmente en prisión por condenas que suman unos 12 años de encarcelamiento, en la prisión Evin de Teheran.

[70] Malvezzi, P., y Pirelli, G. (eds.), *Lettere di condannati a morte della Resistenza europea*, cit., p. 426.

fuerzas para afrontar mi destino con resignación. Las hojas deben caer, y descomponerse, y volverse estiércol. Igualmente nosotros morimos para un futuro más bonito, no somos nada más (y la palabra es dura) que estiércol de la civilización. Sin nuestra muerte no hay nueva vida, no hay futuro. La humanidad está todavía sumergida en el mundo de las bestias y sigue las reglas de su evolución. Es una lucha cruel, el la que lo mejor exigirá mucho derramamiento de sangre. Como en los milenios pasados, todavía la humanidas escribe su destino con su linfa mejor, su sangre. Llegará un día en que se separe definitivamente del mundo de las bestias, dando el paso final, un día en que de los descendientes del pitecantropus finalmente nacerá un homo sapiens. Solo entonces va a empezar la historia de la humanidad. Los medios para luchar ya no serán sangre y conflictos, sino razón e intelecto. Hay muchas pistas que indican que vamos hacia esta dirección, que pronto terminaremos una historia milenaria y empezaremos un capítulo nuevo, el primer capítulo humano.

Es una sensación bonita, chica mía, haber dado mi pequeña contribución a esta evolución. La muerte es un fenómeno natural, cada ser debe morir. Es bueno morir así, por cruel que sea, porque no es en vano. Lo sé, mi querida pequeña Eva, que el destino más duro es el tuyo. Y si estuviese en tu lugar, no vería las cosas con esa distancia. Pero de nuevo debo repetir lo que te dije una vez: «Vivir es un deber. ¡Vive!» En esta vida tienes todavía tareas que cumplir, piénsalo siempre. [...]

Me muero al final de la vieja época para que la nueva pueda empezar. ¿Me pone triste ello? No, me alegro de que el destino me haya permitido llegar hasta la puerta de la nueva época, dando una ojeada, antes de morir, a los tiempos nuevos que van a surgir. Para los que sobrevivan esta guerra quedarán muchos años más de dificultades, preocupaciones, miseria. Pero todo será más llevadero, porque estará al servicio de lo nuevo, de lo bueno, será garantía del futuro, de una humanidad feliz. Como ya te dije, mi corazón no acelera cuando piensa que en unos días moriré. Sin embargo, no te niego que me desagrada pensar en cómo esto ocurrirá. Si pudiera elegir, preferiría ser ahorcado. Sé que así se muere rápidamente, sin dolor, sin darse cuenta, como entrando en el sueño. El sueño que antiguamente se consideraba el hermano menor de la muerte.

Me encantaría seguir escribiéndote, abrir mi corazón para ti sin parar. Porque cuando te escribo me parece que estás conmigo y me miras con todo el amor. Pero el tiempo apremia. Así, para cerrar, repetiré tus palabras «Más allá del espacio y del tiempo», adiós, mi pequeña Eva».

Tuyo

Hermann

La segunda carta es de Marie Kudeříková, obrera de Brno, Moravia, de 22 años, matada el 26 de marzo de 1943[71].

[71] Malvezzi, P., y Pirelli, G. (eds.), *Lettere di condannati a morte della Resistenza europea*, cit., p. 186.

«Mis queridos padres, mis amados mamá y papá, hermana querida y hermanito mío. Querida abuela, amigos, conocidos todos. Familia mía. Todos los que sois lo que más ama mi corazón.

Me voy de vosotros, me despido, os amo. No lloréis, yo no lloro. Me voy sin lamentos, sin miedos, sin dolor. Estoy ya a punto de alcanzar lo que iba a ser el destino, no el medio. La separación de vosotros, y sin embargo la completa cercanía, la fusión. Muy poco puedo daros de mi amor, solo confirmar que es profundo y ardiente. Hoy, 26 de marzo de 1943 a las seis y media de la tarde, dos días después de cumplir 22 años, daré mi último respiro. Aun respiraré hasta el último segundo.

Vivir y creer. Siempre he tenido el valor de vivir, y no voy a perderlo ni delante de la que los humanos llaman muerte. Ojalá pudiese cargar yo todo vuestro dolor, vuestra tristeza. Siento la fuerza de llevarlos conmigo. Os lo ruego, os lo ruego, no lloréis, intentad no sufrir! Yo os amo, os amo mucho.

Siempre me ha dado valor leer vuestras palabras. Habéis hecho todo lo posible para quien ama. No tenéis nada que echaros en cara, nada, yo siento todo, sé todo, leo todo en vuestros corazones.

Hoy hace bueno. Estaréis en el campo o en el jardín. Podéis notar, como yo lo hago, este perfume, esta belleza? Como si hoy yo pudiese adivinarla. He dado un paseo en el aire limpio de la primavera, del calorcito; esplendor, perfumes y recuerdos. La poesía de las cosas de cada día tocaba con aire templado y agradable el nervio desnudo del alma. Olor a papas hervidas, ruido de cucharas, pajaros, estrellas. La vida con su latido diario. Tenéis que amarla, amaros, aprender el amor, defenderlo, propagarlo. Ojalá podáis sentir como yo la belleza de sus dones naturales! Ojalá podáis aprender y abrir! Esta tarde también es bonita, siento mucho ardor y amor, fe, seguridad. Abro mis brazos y os ofrezco mis manos para que podáis acogerlos.

No tengo miedo de lo que va a pasar. Aunque seguro me he equivocado y he ofendido a alguien, siempre he tenido el impulso hacia el bien, lo alto, lo humano. Toda mi vida ha sido bella. Ardiente, con fe, luchas y victorias. Vosotros habéis sido una bendición. [...].

Me pongo de rodillas ante vosotros, os ruego, amadme y perdonadme. Pido perdón por todo y a todos los que he ofendido. Me he perdido, pero en el corazón se ha quedado la fe y en mis ojos el deseo. Beso vuestras manos y os digo gracias en el momento más grave de mi existencia, con todo mi corazón y mi alma. No las voy a mojar con lagrimas, no, les daré una sonrisa de agradecimiento, amor y paz y os pido, a cambio, una sonrisa. Me despido y os deseo, profunda y sinceramente, una felicidad humana.

"A vosotros agradecimiento y amor, que suenen como campanas"».

Vuestra hija, que os ama.

Marie Kudeříková

Podría despedirme con las palabras de un gran profesor de Literatura y Derecho, Concetto Marchesi, Rector de mi Universidad —la Universidad de Padua— en los años '40, luego miembro de la Asamblea Constituyente, sugiriendo adaptarlas a los alumnos y alumnas de las Universidades españolas donde ha enseñado Paloma:

> «¡Estudiantes de la Universidad de Padua! [...] Bendigo al destino por haberme dado la alegría de tan solemne comunión con vuestras almas. [...] Una generación de hombres ha destruido vuestra juventud y vuestra patria. Traicionados por el fraude, la violencia, la pereza y el servilismo criminal, vosotros, junto con la juventud de los obreros y campesinos, debéis rehacer la historia de Italia y constituir el pueblo italiano. [...]
>
> Estudiantes: Me separo de vosotros con la esperanza de volver a vosotros como maestro y compañero, después de la fraternidad de una lucha librada juntos. [...] Añadid al lábaro de vuestra Universidad la gloria de una nueva y mayor decoración en esta batalla por la justicia y la paz en el mundo»[72].

[72] Marchesi, C., «Appello agli studenti dell'Università di Padova», 1 diciembre 1943, en Milan, M., y Vighi, F. (eds.), *La resistenza al fascismo*, cit., pp. 157 y ss.

CAPÍTULO 25

¿LA REMEMORIALIZACIÓN COMO ANTÍDOTO CONTRA LA DESPOSESIÓN? EL CUERPO DE LA MUJER COMO LUGAR DE MEMORIA[1]

Anna Mastromarino
(Università di Torino)
Prof. Ordinaria Dirito Pubblico Comparato

1. Introducción

La reflexión sobre la progresiva subordinación de la gestión del cuerpo de las mujeres al orden y los usos sociales no es nueva. Se trata de un proceso de desposesión/apropiación tan asentado que fácilmente podríamos afirmar que las propias ciencias a lo largo de los siglos no sólo no han sentido la necesidad de revocar este proceso, sino que por el contrario lo han asimilado como «dado por sentado»[2], construyendo sus caminos en torno a este factor cultural, asumido como elemento ontológico.

El nexo cuerpo-rol social con respecto a las mujeres, de hecho, ha sido objeto de estudio durante mucho tiempo, al igual que la tendencia a relegar el cuerpo femenino a un objeto con connotaciones sexuales y a un mero instrumento procreador. La doctrina ya ha señalado, desde una perspectiva transdisciplinar, el camino que ha conducido a un gradual, pero incesante acto de cosificación, encaminado a poner de relieve asimetrías precisas entre los cuerpos femenino y masculino con la intención de determinar las consiguientes asimetrías en las existencias.

En este breve trabajo, por tanto, no nos proponemos (ni tenemos competencia para ello) intervenir en un debate tan rico y caleidoscópico como el alimentado por el pensamiento feminista en todas sus declinaciones. Pretendemos, más bien, tratar de sistematizar ciertos saberes transversales al derecho público, reflexionando sobre esa dimen-

[1] El texto retoma las reflexiones formuladas en ocasión de la conferencia «I Diritti delle Donne: Problematiche attuali e prospettive future» celebrada en Milán, Università Statale, en los días 30 y 31 de marzo de 2023.

[2] Cfr. Zerubavel, Eviatar, *Dato per scontato. La costruzione sociale dell'ovvietà,* trad. it., 2018, Maltemi, Milano, 2019.

sión más tácita y oculta de la cultura que, en lo que a sus efectos sobre el derecho se refiere, ha acabado condicionando fuertemente su construcción.

Recuperando la raíz social (y por tanto humana) de las ciencias jurídicas, demasiadas veces oscurecida por perspectivas meramente positivistas, trataremos de considerar el Derecho público en su dimensión político-social, más que en su dimensión meramente normativo-jurídica, en la convicción de que la primera puede impulsar un cambio que la segunda, debido al excesivo apego a las normas de gobierno y a las estructuras constituidas, no ha sido capaz de desencadenar[3]. La pasividad de las ciencias jurídicas respecto a una imagen estereotipada de la mujer, toda ella aplastada sobre un perfil moldeado socialmente de hecho, es evidente tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

Las ciencias antropológicas, de forma más o menos convencida, se han enfrentado a la posible existencia de conocimientos no expresados, es decir, conocimientos tácitos y subterráneos que escapan al lenguaje porque eluden la conciencia y la voluntad de su poseedor, ya que no es posible rastrear y reconstruir exactamente cuándo fueron asimilados. Partiendo del conocido supuesto de Michael Polanyi de que «sabemos más de lo que podemos expresar»[4] es posible interceptar un proceso inevitable de significación de lo real al que atribuimos un valor y que pasa a formar parte de nuestro acervo de conocimiento tácito, progresivamente absorbido, hasta convertirse en una afirmación reificada que condiciona nuestra lectura de lo existente a priori en la convicción de que no puede ser cuestionado por presuponerse. El conocimiento tácito arraiga tan profundamente que no se percibe como un factor omnipresente y performativo de la cultura de un grupo, sino como un elemento constitutivo de la realidad. Así ocurre que creencias como la inferioridad, la inadecuación, la deshonestidad, la degeneración en algunos casos se entienden como ontológicamente ligadas a la esencia de un grupo hasta el punto de representar un elemento constitutivo que el Derecho cree que no puede obviar a la hora de regular las relaciones entre individuos.

De ahí la necesidad de que los juristas, por un lado, desentrañen estos mecanismos de aprendizaje y, por otro, asuman la conciencia de que, por viscosos que sean, ciertos automatismos de pensamiento y, por tanto, ciertas «cosas dadas por supuestas», no sólo *pueden* ser desarticulados a través del Derecho, sino que *deben ser* sometidos a desentra-

[3] En efecto, los juristas estarían llamados a desempeñar un papel esencial en esta dinámica: «revisitar en clave crítica las narrativas que, por una especie de "fracaso de nuestra imaginación", han contribuido a consolidar, incluso a nivel institucional, sistemas de opresión y exclusión puestos en marcha y perpetuados en el seno de un monopolio hegemónico del pasado, en detrimento de tantos otros pasados y presentes imaginables» (TdA). Se les impone el «deber continuo de activar un proceso de examen crítico de nuestras verdades y, por tanto, la revisión constante y multiperspectiva del imaginario social» (TdA). Así Moreno-Cruz, Pablo, «Il privilegio epistemologico dell'ignoranza e la comparazione giuridica tra voci silenziate e ricordi situati», *Diritto pubblico comparato ed europeo,* 2021, p. 437.

[4] Polanyi, Michael, *The Tacit Dimension,* Routledge & Kegan Paul, London, 1966, p. 4.

ñamiento en la medida en que subyacen a dinámicas de poder que a lo largo de los siglos han producido injusticias sociales y desigualdad de trato.

De ello se desprende que si hasta hace poco el Derecho se limitaba a asumir que el cuerpo femenino era el «lugar de una historia colectiva», privando a las mujeres de su potencial papel de «protagonistas», hoy las ciencias jurídicas están llamadas a adoptar una nueva actitud con el objetivo de subvertir lo que hasta ahora se entendía simplemente de forma descriptiva para estabilizar desde un punto de vista normativo visiones sociales que ya no pueden encontrar justificación en nuestro modelo constitucional[5].

El supuesto del que partimos es doble. Por un lado, las ideas aquí desarrolladas presuponen entender el Derecho como una experiencia humana y no solo como un acontecimiento normativo, renunciando a «reducir lo humano a los dictados del orden social traduciendo este último en un orden jurídico sin pliegues ni rayas» (TdA)[6]; por otro lado, se reconoce que sobre el cuerpo de las mujeres se ha desarrollado un juego de poder y disciplinamiento social que ha condicionado no sólo su fisicidad sino también su forma social de ser. No está, por tanto, fuera de lugar asumir aquí el cuerpo femenino como un lugar de memorias estratificadas, que proyecta en el presente una representación que se construyó en el pasado y que pretende condicionar el futuro.

Es convicción de quien escribe que, en lo que se refiere a la igualdad y no discriminación del género femenino, los avances en el ámbito legislativo han sido imprescindibles pero no suficientes y, por tanto, no decisivos; es por ello que se cree que sólo actuando en el espacio público en paralelo al dato legal, a través de una acción cultural contrahegemónica que afecte al uso del cuerpo de las mujeres, es posible hipotetizar un cambio. No obstante, no nos referimos a una especie de rebeldía reactiva, reivindicando la libertad plena e incondicional sobre el cuerpo femenino[7], sino a una acción simbó-

[5] Alessandra Di Martino y Elisa Olivito advierten del riesgo de caer de una simplificación y generalización a otra: «por un lado, está el descubrimiento del sujeto neutro y abstracto, que se hace universal, pero que en realidad es concreta e históricamente masculino; por otro, está el riesgo de hacer rígida la subjetividad femenina en una identidad predefinida. Diversas corrientes del feminismo son hoy conscientes de este riesgo y han enfatizado el carácter plural, abierto, «imprevisto» (en palabras de Carla Lonzi) de la subjetividad femenina, más allá de lecturas esencialistas. El discurso de la subjetividad cruza tanto la tensión entre igualdad y diferencia, con sus dilemas y paradojas, como el discurso sobre la identidad» (TdA). Cfr. Di Martino, Alessandra, y Olivito, Elisa, «Generazioni dei diritti e soggettività femminile: problemi e prospettive». En Di Martino, Alessandra, y Olivito, Elisa, *Generazioni dei diritti fondamentali e soggettività femminile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. XIII.

[6] Simone, Anna, «Silvia Niccolai o dell'esperienza giuridica come esperienza umana». En VV.AA., *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Mondadori, Milano, 2019, p. 132.

[7] No es este el lugar, pero sin duda el debate sobre la gestación subrogada es un claro ejemplo de un tema que puede dividir en relación con la idea de libertad que subyace en el proceso de emancipación feminista. Es imposible reducir la riqueza de la confrontación a una nota a pie de página. Permítanme recordar aquí el diálogo a distancia entre Lea Meandri y Silvia Niccolai. A la primera, que en su intervención *Criminalizzare la gravidanza per altri è fare un regalo alla destra* (en *il Manifesto*, 11 de julio de 2023) preguntaba: «¿Qué nos autoriza a pasar por encima, violentamente con una ley, del relato que las mujeres dan de su elección?», la segunda, que en su *Gravidanza per altri: non confondiamo libertà con subalternità* (en *il Manifesto*, 12 de julio de 2023) invita a distinguir entre libertad y transgresión, respondía con decisión polemizando sobre el hecho de que hoy en día «para sentirse libre, la gente reclama el derecho a vender o regalar a sus hijos» (TdA). Valentina Pazè investiga el punto desde un

lica y comunicativa que, precisamente partiendo de la idea del cuerpo de la mujer como objeto memorial, impone una recontextualización del mismo, distanciándose del pasado y exigiendo la rememoración pública del presente.

2. La condescendencia del derecho: evolución vs. transformación

Una consolidada bibliografía feminista lleva tiempo señalando cómo la biología y la anatomía femeninas han servido de base, a lo largo de los siglos, para la consolidación de costumbres culturales que han llegado a asimilarse como conocimientos tácitos que día a día ya no han sido cuestionados ni siquiera por la ley[8].

Estos procesos de absorción fueron funcionales al progresivo sometimiento de las mujeres a dinámicas sociales y jurídicas dirigidas, esencialmente, a determinar un control sobre sus cuerpos[9]. Se trató de un proceso de disciplina que, en primer lugar, buscó incorporar, con el celoso auxilio de la religión[10], la maternidad al discurso público, moral y social, pasando por procesos de sacralización del hecho natural de la procreación, entendido cada vez más como el acto «divino» de dar vida a través de la mujer[11]. De este modo, la maternidad se ha ido sustrayendo progresivamente a la disponibilidad

---

punto de vista filosófico. En su *Libertà in vendita: il corpo tra scelta e mercato* (Bollati Boringhieri, Torino, 2023) se detiene en las viejas y nuevas formas de explotación del cuerpo humano, reflexionando también sobre la gestación por sustitución, a través de un convincente recorrido argumentativo.

[8] Citamos a Simone de Beauvoir: «[...] las mujeres nunca han opuesto los valores femeninos a los masculinos: fueron los hombres, deseosos de mantener las prerrogativas masculinas, quienes inventaron esta división; quisieron crear un reino femenino [...] sólo para incluir en él a las mujeres; pero lo existente busca justificación en el movimiento de su trascendencia, más allá de cualquier especificación sexual: la sumisión de las mujeres es prueba de ello» TdA. Cfr. de Beauvoir, Simone, *Il secondo sesso,* trad. it., 1949, Il Saggiatore, Milano, 2006, p. 84.

[9] Toda «civilización está dominada por la pretensión de atribuir al cuerpo de la mujer una función pública, que no es sólo la reproducción de la sociedad, sino también la ordenación simbólica de los principios que rigen la sociedad» (TdA): Ronchetti, Laura, «Donne e corpi tra sessualità e riproduzione», *Costituzionalismo.it,* II, 2006, p. 1.

[10] Véase Sugamele, Laura, «Reificazione sessuale del corpo femminile: il significato simbolico della procreazione, della maternità e dello stupro nella deumanizzazione dell'altro», *Humanidades,* XVIII, 2020, p. 172: «En este plano, la religión, en consonancia con un trazado patriarcal-arcaico, ha enfatizado el rigor moral basado en la "diferencia" sexual, a su vez, definida sobre el valor de la virginidad y la castidad prematrimonial, aspecto que remite al propio concepto de "propiedad", cuando la mujer, después de haber sido propiedad del padre, con el matrimonio pasa a ser propiedad del marido, quien, en la noche de bodas, exige su pureza sexual como principio de fidelidad y respetabilidad» (TdA).

[11] Si en general la ciencia médica ha preferido referirse a un hipotético «neutro» constituido en la práctica por el cuerpo masculino, extendiendo simplemente los resultados obtenidos al cuerpo femenino, sin preocuparse de las posibles consecuencias de las evidentes diferencias, en este particular proceso de «neutralización», existe una excepción, un campo en el que mujeres y hombres siempre han sido considerados «cuerpos diferentes» por la ciencia médica, a saber, el relativo al aparato reproductor. Así, Rescigno, Francesca, *Per un* habeas corpus *«di genere»,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 164. En opinión de la autora, la «construcción médica de una diversidad anatómica, fisiopatológica y terapéutica sigue justificando, por tanto, el mismo supuesto, a saber, la necesidad de renunciar a la vida activa para confinar a las mujeres al recinto de la naturalidad-maternidad, dejando a los hombres la construcción cultural y el diseño político de la vida social» (TdA, p. 180).

de las mujeres y, con ella, a la gestión de sus cuerpos. Y no es difícil ver por qué: si sólo al cuerpo femenino le es dado reproducirse y sólo a través de la procreación es posible garantizar la continuidad al grupo al que pertenece, entonces ese grupo necesita controlar ese cuerpo para seguir perviviendo y planificar su propia existencia.

De la concepción del cuerpo de la mujer como un *medio,* al aplastamiento del género femenino sobre la maternidad hasta agotar todo otro potencial social, el paso fue corto. La desmaterialización de la mujer y la pérdida de su singularidad psicofísica como persona fueron consecuencias inevitables de esta visión y condición previa a la concepción definitiva de la mujer única y exclusivamente en clave social, titular de la continuidad y preservación de la pureza del linaje en el ámbito nacional, contenedor de la virilidad masculina en la familia, dentro de la cual, por ejemplo, la Constitución italiana subraya, en su artículo 37, su *«función familiar esencial»*.

De hecho, ya en el plano constitucional, incluso en Italia, se produce un choque entre la visión de los padres constituyentes y la fuerza desbordante de las reivindicaciones de las madres constituyentes. Según los primeros, la mujer, una vez más, está llamada a «estar» en la familia, a dar forma a un proyecto social que, sin revocar sus propios arquetipos, confunde cultura y naturaleza y encasilla el cuerpo de la mujer a la función procreadora, pero también a la de cuidado de los hijos, de los ancianos y del hombre de la casa, limitando sus opciones vitales o estigmatizando el posible deseo de quien no quiera adherirse a este perfil. Existe pues, bien mirado, una contradicción de términos entre lo explícito en los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Constitucion italiana y una cultura tácita de la que la ley se esfuerza por escapar, terminando por contribuir más bien a su consolidación[12].

Si hoy la batalla sigue abierta en frentes como la conceptualización de la mutilación genital, los procedimientos para la interrupción del embarazo, la gestación por sostitución o las técnicas de fecundación, debemos primero conocer los supuestos culturales lógicos en los que se basa el debate, e inmediatamente después desentrañar las dinámicas de poder subyacentes si queremos llegar a soluciones que no acaben, incluso inconscientemente, confirmando mediante la ley una condición de desposesión y colectivización de los cuerpos de las mujeres con fines sociales, ya sean funcionales a la reproducción de

[12] Hay que subrayar, sin embargo, que es con la concesión de los derechos políticos a las mujeres cuando «se hace posible una revolución topográfica global: el sufragio universal, al poner fin al monopolio masculino del espacio político, impone una transformación efectiva de todos los espacios, desde el espacio privado de la familia hasta el del trabajo productivo, desde el del poder económico hasta el del poder político, porque la existencia de una esfera alejada del principio de igualdad, estructurada por la subordinación femenina se ha vuelto intolerable... es la constitución la que impone la consideración de las condiciones de hecho y exige romper el círculo vicioso en el que las diferencias de los sexos se reproducen infinitamente como diferencias de poder que, a su vez, construyen y producen las diferencias de género». Así, hablando del caso italiano, Pezzini, Barbara, «Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio di antisubordinazione di genere». En Pezzini, Barbara, y Lorenzetti, Anna (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 8 y ss., TdA.

las sociedades, a la reiteración de un modelo de familia estándar, o a la mercantilización de la procreación con fines puramente económicos[13].

Por otra parte, desde hace mucho tiempo se pueden reconocer signos de complacencia del Derecho con respecto a la gobernanza social a varios niveles.

No es novedoso recordar que la comprensión del cuerpo de la mujer como propiedad de las comunidades a las que pertenece ha conducido progresivamente a su superposición simbólica al concepto mismo de nación: la mujer que engendra a sus hijos ligados por el vínculo nacional, la mujer que asegura con sus virtudes la perpetuación de la pureza del linaje, la mujer que cuida, se ocupa de sus hijos compatriotas[14].

El viraje mental entre mujer-procreación-nación es bastante previsible y está plagado de literatura; por otra parte, si de por sí ya es odioso este nexo entre fecundidad y etnonacionalismo, cuando no se delimita es capaz de producir una degeneración ulterior que lleva a reducir a las mujeres a objetos de conquista, asimilándolas al territorio nacional, y por ello susceptibles de violencia, pillaje y devastación mediante actos de matriz patriarcal. Desde esta perspectiva, el cuerpo de la mujer adquiere «la connotación específica del "terreno" pisoteado de la guerra, la marca antropológica de la afirmación de la dominación masculina de un grupo sobre otro»[15], pero también como guardián de la continuidad de una comunidad, de modo que al socavar su pureza se quiere doblegar definitivamente al enemigo, rompiendo el tejido conectivo de toda la comunidad tanto en el caso de la violación por fecundación como en el de la violencia sexual, perpetrada con la voluntad de humillar la virilidad de los hombres torturando el cuerpo de «sus» mujeres.

Este simbolismo se ha consolidado a lo largo del tiempo a nivel internacional, asumiéndose mayoritariamente como un «hecho-presupuesto» incluso en muchos documentos que, si bien estigmatizan y prohíben la violación en la guerra, han descuidado por completo los efectos sobre el estado psicofísico de las víctimas, centrándose más, por el contrario, en las secuelas en términos de honor, unidad familiar, pudor... [16].

---

[13] Como señala Francesca Angelini, al fin y al cabo, «la medicalización y la legalización (por contrato o por ley de esta práctica) han representado una nueva forma de control y de ejercicio del «poder» sobre el cuerpo de las mujeres» [«Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca», *Costituzionalismo.it,* I, 2028, p. 12, TdA].

[14] Para un análisis del nexo mujer-territorio desde una perspectiva contrahegemónica, véanse las reflexiones de Casafina, Francesca, «Estrattivismo e violenze contro il "corpo-territorio" delle donne. Alcune considerazioni», *Deportate, Esuli, Profughe*, nº 30, 2016, pp. 106 y ss.

[15] Sugamele, Laura, «La donna corpo-territorio nell'orizzonte performativo della guerra», *Scienza e Pace,* 1, 2017, p. 69 (TdA).

[16] Antes de un cambio de perspectiva decisivo provocado por los Tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda y retomado por la Corte Penal Internacional, el marco normativo a nivel internacional era bastante desalentador si se piensa que la Convención de La Haya (1907), primero, y la Convención de Ginebra (1949) después, hablan de la violación en la guerra como un acto lesivo para el honor y los derechos de la familia. Incluso los Protocolos Adicionales I y II de 1977 la tratan como un acto de delito contra el pudor.

Sólo aparentemente se ha abandonado esta perspectiva en el ámbito nacional. Ciertamente, en Italia (como en otros contextos democráticos), también gracias a la presión internacional sobre la protección de los derechos humanos, se ha intentado imponer progresivamente un cambio, declarando inconstitucional la norma que preveía el castigo del adulterio femenino[17]; modificando el Derecho de familia en el código civil[18]; derogando el delito de honor y la hipótesis del matrimonio reparador[19]; reconociendo (finalmente) la violación como delito contra la persona[20]. Sin embargo, hay que decir que se trata de situaciones remediadas tardíamente, tras varios años de vigencia de la Constitución, lo que demuestra que las madres constituyentes pudieron ciertamente intervenir sobre el texto de la Carta, sin tener, sin embargo, margen para actuar sobre su interpretación posterior, que permaneció fiel a lo largo del tiempo a ciertos supuestos culturales, concebidos como «fisiológicos».

La cuestión, por tanto, sigue anclada en un interrogante, que trasciende las intervenciones normativas y jurisprudenciales individuales, cuyo mérito también se reconoce. Queda por dilucidar si son realmente la expresión de una toma de conciencia y de un sincero cambio de rumbo respecto a la relación de la sociedad con el cuerpo femenino o si no representan simplemente la respuesta ya inaplazable del sistema a una situación de inconstitucionalidad prolongada en el tiempo, teniendo en cuenta que el supuesto camino hacia el reconocimiento de los derechos humanos no parece desarrollarse con la misma linealidad y velocidad para hombres y mujeres. En este segundo caso, la acción de los poderes públicos, si bien involucra el plano jurídico, no necesariamente logra socavar ese plano más profundo donde reside el conocimiento tácito y no expresado de una comunidad que configura culturalmente el contexto.

Estas dudas parecen más legítimas que nunca si sólo se presta atención al progresivo deterioro al que se han visto sometidas en los últimos años las garantías sobre la interrupción del embarazo, atacadas desde diversos puntos de vista; a los rampantes casos de violencia contra las mujeres dentro y fuera del hogar, que no pocas veces acaban con la muerte de las víctimas; a las atrofiadas políticas sobre el empleo femenino, sintomáticas de la incapacidad de considerar la autonomía económica de las mujeres como el primer paso hacia la emancipación social y la autodeterminación física[21]. La lista podría

[17] Corte costituzionale italiana, Sentencias nº 126 de 1968 y nº 147 de 1969.

[18] La Ley nº 151 de 19 de mayo de 1975 representó un momento fundamental en la revisión de las instituciones familiares en Italia.

[19] Con la Ley nº 442 de 5 de agosto de 1981, Italia abolió la relevancia penal del caso de honor.

[20] No fue hasta la Ley nº 66, de 15 de febrero de 1996, cuando las infracciones penales contra la libertad sexual dejaron de considerarse actos contra la moral pública y se concibieron definitivamente como delitos contra la libertad individual.

[21] En la perspectiva de Nancy Fraser, ni la redistribución per se, ni el mero reconocimiento son suficientes para acabar con la injusticia, ya que deben sistematizarse de algún modo para una teoría global de la justicia social y para evitar procesos de cosificación de las diferencias. Cfr. Fraser, Nancy, y Honneth, Axel, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politica-filosofica*, trad. it., 2003, Meltemi, Roma, 2007, pp. 15 y ss. La autora habla de una «marginación política» que podría producirse incluso en ausencia de mala distribución y reconocimiento (TdA, p. 90).

continuar, pero no es necesario. Más bien, es útil reiterar que muy pocos de los desafíos que todavía están en juego en los ámbitos de la procreación, la integridad física y la libertad conducirán a soluciones verdaderamente significativas en el camino de la progresiva eliminación del cuerpo de las mujeres de la esfera de acción de la comunidad si no vamos a incidir en ese inconsciente social «profundo» que todavía mira el cuerpo de las mujeres como un *medio*, desmaterializándolo con respecto a la persona que lo habita.

Parece, en efecto, que el debate al que asistimos se caracteriza por una cierta «presión» orientada todavía y únicamente a centrar la confrontación en la función reproductora de la mujer, hasta el punto de que no es raro percibir entre líneas el deseo de una ciencia puesta al servicio no de la progresiva liberación de la mujer del «yugo social del útero», sino de la neutralización del «poder del útero». Dicho de otro modo, lo que se pretende no es un reequilibrio de las relaciones de fuerza, sino la superación del dato biológico de la irremplazabilidad de la mujer en el acto de la procreación, reduciendo todo a una cuestión que sólo concierne a la «materia orgánica» y no a las relaciones humanas.

Pero entonces, volviendo a nuestras perplejidades, parece inevitable responder que los cambios recordados, entre otros, aunque de indudable importancia, no parecen en absoluto corresponder a una transformación de la sociedad a través del Derecho, sino más bien a una evolución normativa que se limita a responder (lentamente) a los impulsos sociales. En el ámbito de la gestión del cuerpo de la mujer, que representa de manera emblemática toda la lucha por la emancipación de la mujer, parece, en efecto, que el Derecho permanece siempre un paso por detrás, renunciando a su función performativa y transformadora, prefiriendo aplastarse sobre un papel ordenador de lo existente.

Lo hace olvidando, no importa si voluntariamente o no, que es la sociedad la que moldea los cuerpos, ya que a través de la educación y su domesticación cultural define su uso y así los instruye en el sentido de dotarlos de las habilidades necesarias a tal fin. Ocurre que estos procesos están tan sedimentados que son capaces de transformar lo posible en esencia, haciendo olvidar que ese cuerpo habita el medio circundante o se inserta en la dinámica del medio circundante según registros que no preexisten y que se han fijado a través de procesos culturales, que no necesariamente responden a la unica posible evolución fisiológica de ese cuerpo. Igualmente es útil para los juristas releer los estudios de Marcel Mauss sobre las técnicas del cuerpo y las observaciones de Levi Strauss al respecto, quien habla de la «arqueología de los hábitos corporales» como una práctica necesaria para comprender la realidad que nos rodea. No se trata, por tanto, de un mero análisis de lo existente como presupuesto de la acción jurídica, sino de una verdadera operación arqueológica orientada a escarbar en las profundidades sociales. Esta domesticación social de los cuerpos repetida a lo largo de los siglos, de hecho, ha conducido a la adopción de gestos y prácticas que ahora se consideran mecánicos, de naturaleza física; ya no se percibe su carácter social y, por tanto, construido. Han adqui-

rido el valor de un saber no expresado y, por tanto, no teorizado. Así es como se protegen de posibles cuestionamientos y, en consecuencia, de instancias de cambio; así es como los cuerpos de las mujeres se han ido moldeando a nivel social, sustrayéndose en gran medida a la disponibilidad de las mujeres. Con la complicidad de la ley.

3. La memoria del cuerpo, el cuerpo como memoria

Afirmar que el cuerpo es «la posibilidad de una construcción históricamente circunscrita»[22] significa, por tanto, admitir que toda mujer es físicamente fruto de una combinación de elementos biológicos y culturales: lo que ocurre de hecho es que estos últimos a menudo resultan tan petrificados con el paso del tiempo que pueden asumirse como fisiológicos, aunque no lo sean. La perpetuación de las técnicas de domesticación de lo físico a las estructuras de poder existentes y consolidadas induce, de hecho, a la insinuación de representaciones y significados colectivos en los individuos que nunca se ponen en cuestión, contribuyendo a la sedimentación del pasado en las acciones cotidianas, especialmente en las más evidentes.

Es difícil no ver en estos procesos performativos de construcción simbólica una formidable similaridad con lo que ocurre en los procesos memoriales, ya que esta actividad de educación social de los cuerpos también tiene como objetivo definir un orden, una identidad, una continuidad espacio-temporal de la sociedad[23]. Muchos gestos cotidianos, repetidos por mujeres o sobre cuerpos de mujeres casi con cierta ritualidad inconsciente, no son más que actos para anclar, en el presente, patrones de valores del pasado con el objetivo de transmitirlos al futuro configurando las relaciones sociales.

En este sentido, el cuerpo de la mujer acaba convirtiéndose él mismo en objeto memorial: pierde subjetividad, se ve privado de toda biografía hasta el punto de convertirse en «cuerpo de mujer» y no en «cuerpo de una mujer». Así objetivado, está directamente conectado a la sociedad y no puede sino darse una lectura social del mismo, convirtiéndose en un lugar de reconocimiento e identidad colectivos. Exactamente como lugar de memoria, el cuerpo adquiere fines identitarios, pedagógicos y de integración colectiva[24].

---

[22] Sugamele, Laura, «La narrazione dei corpi nell'edificazione "eurocentrica-androcentrica" coloniale: terra femminilizzata, reificazione e subalternità», *Altre modernità,* 2019, p. 80 (TdA).

[23] Para un estudio en profundidad sobre la función sociopolítica de la memoria pública y para un análisis jurídico, remitimos a Mastromarino, Anna, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

[24] La teorización del concepto de «lugar de memoria» es reciente y se debe a Pierre Nora, quien, en su célebre obra en tres volúmenes publicada entre 1984 y 1992, llevó a cabo una investigación capilar y minuciosa sobre los lugares fundadores de la nación francesa. Es así como de sus investigaciones se inspira la definición más común de lugar de memoria, entendido como «unidad significativa, material o ideal, que la voluntad de los hombres o el trabajo del tiempo han convertido en elemento simbólico de alguna comunidad» (Cfr. Le Gran Robert de la langue française, TdA). El uso que se hace aquí del concepto de lugar de memoria es claramente hiperbólico.

Ahí reside una cierta paradoja: excluida de la narración de la historia como sujeto activo, ausente como singularidad en la conmemoración pública, así como en la historiografía colectiva, la mujer cosificada en su cuerpo entra en los procesos de memorialización como objeto pasivo para legitimar disposiciones de valor que ella no contribuye a definir.

Por otro lado, es precisamente en este contexto más bien sombrío en el que, más allá de la acción legislativa, puede reconocerse al Derecho público espacios de acción poco transitados, que presuponen, por ejemplo, la implementación de políticas memoriales capaces de descender, a través de una comunicación que se apoya en un registro simbólico-artístico, a actuar en niveles más profundos a menudo ni siquiera tocados por el acto normativo. Espacios poco transitados, se decía, respecto de los cuales el Derecho público, a lo largo de los años, se ha mantenido al margen: ciertamente porque es un derecho que durante mucho tiempo fue escrito por hombres y para hombres, acostumbrados a colonizar la memoria pública y poco acostumbrados a entender los espacios memoriales como espacios de conflicto social y no de mera glorificación.

Creo, sin embargo, que hay otras razones que tomar en consideración.

Una de ellas, en opinión de quien esto escribe, tiene que ver con el progresivo aplanamiento del Derecho respecto de su función normativa en sentido estricto. La neutralidad política del Derecho, entendida como la actitud antimagioritaria de la ciencia jurídica respecto de la gestión cotidiana del poder, ha terminado por circunscribir progresivamente la vocación puramente política de las ciencias jurídicas, que ciertamente no termina con el acto legislativo. A esta luz debe leerse la más bien ambigua relación mantenida por los poderes públicos respecto de la construcción de la memoria colectiva y la escasa conciencia del Derecho público respecto del potencial de los procesos memoriales en relación con las funciones de integración y pacificación del cuerpo social, pero también en relación con la *vis* transformadora de la memoria institucionalizada cuando se concibe en términos democráticos y participativos[25].

El desarrollo de los llamados Memory Studies en las últimas décadas ha terminado por involucrar en el debate incluso a la doctrina publicista, obligándola a plantearse nuevas preguntas y a reflexionar sobre el papel del Estado como agente memorial en el contexto del constitucionalismo democrático.

La idea de que la memoria colectiva es una herramienta formidable para construir la futura identidad comunitaria de un grupo; de que este proceso ya no puede concebirse como una acción descendente heteroinducida por los poderes públicos; de que el constitucionalismo democrático no puede renunciar al pluralismo ni siquiera en correspondencia con la memoria, ha llevado a la doctrina a reflexionar sobre el papel memorial del Estado y sobre las formas en que ha de desempeñarse legítimamente.

[25] Cfr. Mastromarino, Anna, «Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del Giorno della Memoria», *Rivista AIC,* I, 2022.

En este sentido, dejando a un lado todas las ambiciones relativas a la construcción de una memoria compartida y a la posibilidad de neutralizar el conflicto memorial en favor de un único horizonte de sentido, es necesario darse cuenta de que en nuestras democracias constitucionales a lo que es legítimo aspirar es, en el mejor de los casos, a una memoria «polifónica», es decir, una memoria que, sin ser coincidente, contribuya a una narración del pasado y de las experiencias individuales o colectivas, armónica con respecto al sistema de valores del texto constitucional. Es evidente que, desde este punto de vista, el nexo poder-memoria, que representa un *topos* bien asentado a lo largo de los siglos, queda marginado en favor de una función social de la memoria que se convierte en catalizadora de conflictos, que está destinada a convertirse en activadora de presencias sumergidas, oprimidas, olvidadas.

Así las cosas, no hay quien no vea abrirse nuevas posibilidades de reflexión, pero también de acción.

Existe un potencial con respecto a los procesos de insubordinación de género en la acción memorial pública que puede y debe encontrar expresión hoy en día, en virtud de las prerrogativas performativas que tiene la memoria pública. De hecho, si el cuerpo de la mujer se ha convertido en un objeto simbólico, es precisamente en el plano de la acción simbólica donde debemos actuar, a través de prácticas contrahegemónicas. Guardián de memorias ancestrales que han reducido a la mujer a su fisiología y fisicidad, ese mismo cuerpo se convierte en instrumento de reivindicación, en voz que se hace protesta para transformar una ausencia en presencia.

El cuerpo, cosificado, usurpado, violado, colectivizado, conserva de hecho un potencial subversivo que se deriva de la propia centralidad social que se le ha asignado.

En este sentido, creo que la entrada en el discurso del arte puede ser fundamental y su conexión con el espacio público, incluso a nivel conmemorativo, puede volver a representar una importante oportunidad para el Derecho. Tanto más en los últimos años, cuando asistimos a la emergencia de experiencias plásticamente definidas como «artivismo», en la convicción de que la acción del artista debe producir «una intervención política en la transformación de lo social, un arte comprometido en la demanda de una toma de conciencia y de posición»[26]. Al centrarse en obras «que expresan fuertes exigencias éticas a sus sociedades y remiten a una emergente esfera global de conmemoración de los desastres causados por el ser humano en todas las naciones y continentes»[27], se acaba concibiendo el arte «como un proceso abierto, que funciona entre la obra y sus espectadores»[28]. En este sentido, la acción en público de las artistas dedicadas

[26] La artista cubana Tania Bruguera habla en este sentido de *arte de conducta*, subrayando la necesidad de distinguir «entre lo que concierne a la sociabilidad y lo que trabaja con lo social». Véase T. Bruguera, entrevista con Kathy Nobles, «Useful Art» (November, 2011), en *Frieze Magazine*, n. 144, 2012, TdA.

[27] Huyssen, Andreas, *L'arte della memoria nel mondo contemporaneo. Affrontare la violenza nel sud del mondo,* 2022, trad. it., Postmedia Books, Milano, 2024, p. 146 (TdA).

[28] Huyssen, Andreas, *L'arte della memoria nel mondo contemporaneo*, cit., p. 17 (TdA).

a la práctica del *body art*[29] permite a través de *performances* efímeras[30], estabilizadas sólo mediante vídeos y fotos, adscribirse dentro de este uso «político» del arte ya que ellas, como otras y otros artivistas, «se dejan implicar... en el destino de su tiempo. Intérpretes de una especie de giro cívico del arte, vuelven a inspirarse en la *polis* —y aspiran a la *polis*, porque es ahí donde está su meta. Además, empeñados en comunicar una idea precisa del presente, recurren a metáforas inesperadas para reescribir lo visible. Para darle un sentido diferente. A veces, para abrir senderos en la superficie de la crónica. Y para emprender atrevidos y necesarios actos de imaginación insinuando dudas, preguntas. Sus obras: acontecimientos que vienen del mundo, están en el mundo y a veces incluso tienen la ambición de producir efectos en el mundo»[31].

Artistas como Gina Pane, Marina Abramovich, Regina José Galindo, Ana Mendieta, Teresa Margolles, por citar sólo algunas, han utilizado y utilizan sus cuerpos para reivindicar una identidad que no se agota en ser objeto de deseo y opresión masculina; ponen directamente en juego sus cuerpos, subvirtiendo las reglas de la espacialidad y del orden social, marcando lo dado por supuesto, como dice Zerubavel (*retro*), y denunciando la violencia ejercida sobre el cuerpo femenino. Lo hacen exhibiendo sus cuerpos, sometiéndolos a prácticas dolorosas, grabándolos, transformándolos, moldeándolos, sin renunciar a implicar físicamente al propio espectador en la experiencia performativa, con el objetivo de la concienciación general, induciendo a la indignación a través del horror, el morbo, la curiosidad, el asco, la ansiedad[32].

---

[29] En palabras de Elisabetta di Stefano, «desde su aparición en los años sesenta, el Body Art ha tenido un doble objetivo: luchar contra una concepción machista que considera a la mujer según dos estereotipos convencionales (santa o ramera) y luchar contra el consumismo y la sociedad del simulacro» (TdA). Está flanqueado por otras formas de comunicación artística como la somaestética, teniendo en cuenta que «si bien es cierto que el complejo y abigarrado fenómeno del Body Art no puede interpretarse, en sentido general, desde la perspectiva de la somaestética, también lo es que algunas performances parecen apuntar en la misma dirección: invitarnos a superar las barreras entre exterior e interior, entre público y privado, entre psique y materia en la búsqueda de una nueva unidad y el redescubrimiento de una conciencia somática que sólo puede captarse escuchando la voz del cuerpo» (TdA): ambas citas están tomadas de Di Stefano, Elisabetta, «La voce del corpo: Madam Orlan e la soma-estetica». En Del Mastro, Diana (ed.), *Controcanto. Voci, figure, contexti di un'altra parte femminile*, Szczecin, Volumina pl., 2013, pp. 440 y 453 respectivamente (TdA).

[30] Para un análisis más detallado, Pinotti, Andrea, *Nonumento. Un Paradosso della memoria*, Johan & Levi, Milano, 2023, pp. 147 y ss. (TdA).

[31] Trione, Vincenzo, *Artivismo: arte politica, impegno*, Einaudi, Torino, 2022, pp. 47 y ss. (TdA).

[32] El catálogo de obras de los artistas mencionados es realmente vasto y no es éste el lugar para recorrerlo. No obstante, puede ser útil recordar algunas de sus *performances* para que el lector tenga una percepción más concreta de la intensidad de la acción artística de la que estamos hablando. En la creencia de que «el arte debe molestar», son sin duda las *performances* de Marina Abramovich las que han atraído la atención del gran público, pero ya en los años setenta, la actividad de *las body-artists* es muy animada: En *Acción sentimental* (1973), Gina Pane se presenta ante el público vestida de blanco, como una novia, clavándose espinas en el brazo que desprende de un ramo de rosas que sostiene; ese mismo año, Ana Mendieta (*Escena de violación*) irrumpe en la escena artística, representando la violencia de una violación en su piso presentándose en una habitación poco iluminada, tumbada desnuda de cintura para abajo y con la piel estropeada por cristales rotos y sangre. Con *Vaporización* (2001) y *En el aire* (2003), Teresa Margolles, continuando con su labor de denuncia de los feminicidios cometidos en México, involucra al espectador en una experiencia macabramente lúdica. En la primera *performance,* el público se ve en-

El cuerpo de la mujer, sobreexpuesto en su simbolismo, pero al mismo tiempo ausente en el plano psicofísico, vuelve así a convertirse en una presencia, un lugar de memoria que pone de relieve los vacíos e invita a la reflexión, según caminos memoriales que encontramos, no por casualidad, en la teoría del contra-monumento[33]. El cuerpo acaba siendo así a la vez objeto e instrumento de arte, un medio apto para expresar un malestar de manera urgente e inmediata, pero también un pensamiento, una reivindicación. Es el uso del cuerpo para reclamar el propio derecho al cuerpo lo que actúa como desencadenante de un proceso de lo inadvertido que comienza a ser señalado, destacado, dejando de darse por sentado.

Ciertamente, el arte público tiene que responder a necesidades que no necesariamente coinciden con las de los artistas en su trabajo diario. No obstante, la referencia a la obra de algunos *body artist* nos ayuda a reflexionar sobre la necesidad de reconocer que la memoria pública también tiene género. También nos lleva a admitir que la aparente ordinariez de la memoria urbana a través de topónimos, estatuas, lugares de recuerdo contribuye a hacer familiar una determinada visión de la sociedad. Una especie de actividad pedagógica en la que los ciudadanos participan de forma espontánea y a menudo inconsciente. Nos empuja a comprender que es sobre esos panoramas de la ciudad sobre los que hay que incidir, transformándolos, recontextualizándolos, rememorándolos.

Las mujeres habitan tradicionalmente la historia, pero nunca como protagonistas. Si se les da un espacio, éste invariablemente las reproduce sólo como madres de, hermanas de, amantes o novias de... Siempre en una posición funcional en relación con quienes no sólo habitan esa historia sino que la conforman; siempre receptoras de protección o a lo sumo custodias de valores que, sin embargo, no potencian su papel exteriormente, sino que las enjaulan socialmente. No es casualidad que todas las representaciones tanto de ideales como de virtudes tengan rasgos femeninos. A menudo, incluso las de los pecados y los vicios, para subrayar el carácter maligno y tentador de las mujeres, confirmando así su carácter poco fiable que les impide asumir responsabilidades públicas.

---

vuelto por vapor, mientras que en la segunda por bolas de jabón: sólo al salir de las salas de la instalación descubrimos que ese vapor y esas bolas estaban producidos por el agua que se utiliza en las morgues para lavar los cuerpos de las mujeres asesinadas antes de someterlos a la autopsia. Fue en 2005 cuando Regina José Galindo se consagró internacionalmente con el vídeo *Himenoplastia*, centrado en la reconstrucción quirúrgica de su himen.

[33] La teorización del contramonumento se debe a Jochen Gerz y Esther Shalev Gerz, aunque es gracias a las palabras del crítico James Young que el fenómeno encuentra popularización: En *The Texture of Memory. Holocaust Memorials and Memory,* Yale University, Yale, 1994, p. 27, James Young recordando el debate que acompaña a la reflexión sobre la práctica conmemorativa pública en Alemania afirma que quizá «la respuesta más desconcertante a la cuestión de los monumentos conmemorativos alemanes sea precisamente la aparición de "contramonumentos": espacios conmemorativos concebidos para desafiar las premisas mismas de su existencia. Sus autores son herederos de un doble legado de posguerra: una profunda desconfianza hacia las formas monumentales y un profundo deseo de distinguir a su generación de la de los asesinos a través de la memoria» (TdA).

La memoria institucionalizada ha sido durante siglos, y en cierto modo sigue siendo, dominio reservado del género masculino. Aquellos a quienes la historiografía ha decretado protagonistas del pasado, se han arrogado el derecho de ser también protagonistas de nuestro presente a través del palimpsesto memorial, delimitando el futuro imaginario.

Esta necesidad de repensar pedagógicamente la memoria pública con la intención de desencadenar el cambio cultural que las meras intervenciones legislativas no parecen ser capaces de producir, nos lleva inmediatamente a afirmar que decir que la memoria pública tiene género significa también *reflexionar sobre el género de los agentes memorialistas.*

En la capacidad de los poderes públicos para convertirse en mediadores de relatos conmemorativos a veces paralelos, a veces contradictorios, se puede evaluar su capacidad para convertirse en sujetos capaces de gestionar la pluralidad. Esto sucede recontextualizando las simbologías públicas existentes y resemantizadoras como reclaman las recientes y reiteradas protestas contra determinadas estatuas[34], pero también recuperando memorias que han permanecido al margen, domésticas no por naturaleza, sino porque han sido relegadas por el poder al espacio familiar.

Hay que reconocer que los cambios, aunque lentos, están ahí. Pero la meta desde el punto de vista político, es decir, desde la perspectiva de lo que debe llegar a ser el espacio público para garantizar espacios reales de igualdad de género, aún está lejos. No se alcanzará hasta que las mujeres dejen de ser objetos para convertirse en agentes políticos, capaces de idear estrategias, consolidar prácticas sociales, desarrollar tácticas políticas. La plena participación en los procesos de toma de decisiones puede ser el verdadero punto de inflexión, porque hay una diferencia entre decidir por las mujeres y decidir con las mujeres. Hay una diferencia entre una política conmemorativa definida por los hombres para las mujeres y otra en la que las mujeres participan en la arena conmemorativa no sólo en el espacio público en el sentido estricto de la palabra, sino también a nivel institucional[35].

Si la memoria es un espacio de lucha política, entonces es necesario estar presente para marcar la diferencia. Simbólicamente presentes en los lugares en los que la memoria se convierte en una mirada al futuro; activamente presentes en los lugares en los que decidimos hacia dónde dirigir esa mirada[36].

---

[34] Véase Mastromarino, Anna, «Memoria, cancellazione, spazio pubblico», *Rivista di Diritti Comparati,* 1, 2014.

[35] La diferencia radica precisamente en la idea de subalternidad, que Silvia Niccolai equipara a la condición de quienes tienen sus agendas dictadas por otros: *Gravidanza per altri: non confondere libertà con subalternità*, cit.

[36] Véanse algunas reflexiones realizadas con motivo de la inauguración de la estatua dedicada a Margherita Hack, en Milán: Mastromarino, Anna, «Anche la memoria pubblica ha genere», *Diritti comparati*, 22 de junio de 2022.

Hay una subjetividad además de una dimensión cronológica en la representación del tiempo. En esa subjetividad hay espacio para redefinir la relación entre el cuerpo de mujer y colectividad, a partir de la salvaguarda de la dignidad del individuo como columna vertebral del constitucionalismo contemporáneo.

CAPÍTULO 26

LA APOLOGÍA DEL FRANQUISMO EN LA LEY 20/2022 DE MEMORIA DEMOCRÁTICA. ¿TIENE SENTIDO SANCIONAR EL ENALTECIMIENTO DEL RÉGIMEN FRANQUISTA?

Juan María Bilbao Ubillos
(Universidad de Valladolid)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Antecedentes

En 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, conocida popularmente como Ley de Memoria Histórica, no se incluía ninguna referencia a la apología del franquismo[1]. No se contemplaba desde luego como posible infracción, puesto que la Ley carecía de un régimen sancionador que garantizase su cumplimiento.

Es verdad que en relación con los símbolos y monumentos públicos el artículo 15 disponía que las Administraciones públicas «tomarán las medidas oportunas para la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación... de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dicta-

[1] El enunciado de la Ley es muy significativo. Quiere ser una ley de derechos en relación con la memoria personal y familiar de las víctimas de la guerra civil y la represión de la dictadura. Se pretende saldar la deuda pendiente con todas ellas. Y se pone el foco en la indeclinable obligación moral de reconocimiento, reparación y restitución. No es una ley destinada a reescribir la historia, a reconstruir o depurar la memoria colectiva de un pasado trágico o a establecer una verdad oficial. Es un detalle muy revelador que la Exposición de Motivos comience con una apelación al «espíritu de la Transición», a la voluntad de reconciliación y concordia de los españoles que se tradujo en una Constitución con vocación integradora. Esa apuesta por el reencuentro explica las medidas reparadoras y los derechos que se fueron reconociendo progresivamente desde 1976 en favor de quienes sufrieron las consecuencias de la guerra civil y la represión del régimen franquista. E inspiró también la resolución aprobada por unanimidad por la Comisión Constitucional del Congreso el 20 de noviembre de 2002. Pero ya era hora de que la democracia española completase esa tarea y diese cumplida respuesta a las justas demandas de esos ciudadanos y sus familiares. Se pone énfasis en esa continuidad para rebatir el falso alegato de que la ley es incompatible con los valores de la transición y responde a una visión maniquea y revanchista. Se trae a colación asimismo la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa del 17/03/2006, que condenó las «graves violaciones de los Derechos Humanos cometidas en España por el régimen franquista».

dura», salvo que «concurran razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley»[2]. Ese mismo empeño en evitar cualquier muestra de ensalzamiento de la figura del dictador llevó al legislador a regular la «resignificación» del Valle de los Caídos, uno de los símbolos más emblemáticos de la guerra civil[3].

Diez años después, algunas iniciativas parlamentarias van a promover con diferentes fórmulas la criminalización de la apología del franquismo. En concreto, la Proposición de Ley para la reforma de la Ley 52/2007 presentada por el Grupo Socialista en diciembre de 2017[4] incluía una Disposición adicional segunda en virtud de la cual se añadía al Código Penal un nuevo artículo 510 bis que tipificaba como delito determinadas manifestaciones de odio contra víctimas del franquismo y de la guerra civil, así como el enaltecimiento del franquismo. Por un lado, castigaba con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa a «quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo por su condición como tales». Y con una pena menos severa (prisión de seis meses a dos años y multa) a «quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito» de alguna de esas víctimas. Pero por otro castigaba con esa misma pena a «quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión el franquismo, o los delitos que hubieran sido cometidos contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo... o a quienes hayan participado en su ejecución»[5]. La pena se agrava (con una horquilla de uno a cuatro años de prisión y multa) «cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra las víctimas de la Guerra Civil Española o del franquismo». Así pues, el tipo básico no exige que se genere un clima de hostilidad que pudiera entrañar

[2] Una reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo fechada el 14/12/2023 ha avalado la retirada de una cruz que homenajeaba solo a las víctimas del bando franquista en la Guerra Civil. A juicio de la Sala, «una cruz, con un listado de personas fallecidas de uno solo de los bandos contendientes en la Guerra Civil, supone exaltación de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la dictadura». Contiene pues elementos que «impiden reconocerle un valor neutral como mero símbolo artístico o artístico-religioso».

[3] No parecía de recibo que las tumbas de Franco y de José Antonio Primo de Rivera ocupasen aún un lugar preferente en la basílica y se celebrasen periódicamente actos de homenaje al dictador. Cuesta imaginar, ciertamente, que a pocos kilómetros de Berlín o de Roma existiese un mausoleo en honor de Hitler o de Mussolini. Pues bien, la Ley dispone expresamente que «en ningún lugar del recinto podrán llevarse a cabo actos de naturaleza política ni exaltadores de la Guerra Civil, de sus protagonistas, o del franquismo» y establece además que en ese lugar «sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda» (art. 16).

[4] BOCG. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, núm. 190-1, de 22/12/2017. La iniciativa no fue tomada en consideración al expresar el Gobierno su disconformidad.

[5] En consonancia con lo previsto en este precepto, la Disposición adicional primera advierte que «serán declaradas ilegales las Asociaciones y Fundaciones que públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contras las víctimas de la Guerra Civil Española y el franquismo por su condición como tales, o que realicen apología del franquismo, fascismo y nazismo».

un riesgo de comisión de actos delictivos o una humillación de las víctimas. Se castiga el mero enaltecimiento del franquismo.

No llegaba tan lejos la Proposición de Ley integral de memoria democrática y de reconocimiento y reparación a las víctimas del franquismo y la transición, presentada en 2018 por el Grupo Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea[6], porque se limitaba a incluir una referencia al franquismo en el vigente artículo 510.1.c), que castiga con una pena de prisión de 6 meses a 1 año a quienes «públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad..., incluidos los crímenes del fascismo, del franquismo y su dictadura, o enaltezcan a sus autores..., cuando claramente constituyan clara y directamente una incitación a la violencia o al odio contra los mismos». Se tipifica como delito la negación o enaltecimiento de los crímenes del franquismo, no del régimen en sí mismo, y con la condición además de que se incite a la violencia o el odio[7].

El 11 de octubre de 2018, en su respuesta a una pregunta del senador de Compromís Carles Mulet sobre la Fundación Francisco Franco[8], el Gobierno reconoce que, tal y como anunció la Ministra de Justicia en su comparecencia ante el Congreso el pasado 11 de julio, está estudiando una reforma integral de la Ley de Memoria Histórica, que incluiría la modificación del artículo 510 CP para tipificar como delito la apología del franquismo y las modificaciones legales oportunas para ilegalizar las asociaciones y fundaciones que incurran en esas conductas de enaltecimiento. Un propósito que otros miembros del Gobierno refrendaron en declaraciones posteriores[9].

---

[6] BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 294-1, de 13/07/2018.

[7] Aunque en la Exposición de Motivos se dice que «uno de los objetivos de esta ley es la homologación con respecto a los países democráticos de nuestro entorno de la sanción penal contra aquellos que aún hoy siguen justificando o ensalzando el franquismo, el nazismo y otras formas de fascismo», lo cierto es que se opta por una fórmula de alcance más limitado, siguiendo la pauta marcada por la Decisión Marco 2008/913/1AI del Consejo de la UE, de 28/11/2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

[8] En su pregunta, registrada el 16 de julio de 2018, Mulet recuerda que dicha Fundación (entre cuyos fines figuran los de «exaltar su vida como modelo de virtudes, enaltecer su figura y preservar su legado»), además de incumplir en varios ejercicios la obligación legal de presentar sus cuentas anuales, practica el negacionismo e insulta la memoria de las víctimas del régimen genocida de Franco. Y concluye preguntando «¿qué medidas piensa adoptar el Gobierno para proceder a su ilegalización?».

[9] En octubre de 2019, la ministra de Justicia en funciones, Dolores Delgado, en declaraciones a la agencia EFE se mostró favorable a esa reforma, días después de que decenas de nostálgicos se concentraran ante el cementerio de Mingorrubio-El Pardo para despedir al dictador con el brazo en alto y vivas al caudillo. En ese mismo sentido se pronunció meses después la portavoz socialista en el Congreso, Adriana Lastra («en democracia no se homenajea a dictadores ni tiranos»). En junio de 2021, fue la Vicepresidenta Primera del Gobierno, Carmen Calvo, quien sostuvo ante los medios que «enaltecer el franquismo es seguir vilipendiando a las víctimas».

2. El Anteproyecto de Ley de Memoria Democrática. Las objeciones formuladas en el Informe del CGPJ

El anteproyecto aprobado el 15 de septiembre de 2020 por el Consejo de Ministros se refiere en su Capítulo IV al deber de memoria democrática, como garantía de no repetición[10]. La Sección 1.ª contiene una serie de medidas en relación con los símbolos públicos (edificaciones, escudos, insignias, placas), con la finalidad de que contribuyan al encuentro de los ciudadanos en torno a los principios y valores constitucionales y no sean un motivo de división o agravio. Bajo esta misma premisa, en la Exposición de Motivos se afirma que «la incompatibilidad de la democracia española con la exaltación del alzamiento militar, la guerra o el régimen dictatorial, hace necesario introducir las medidas que eviten... actos de enaltecimiento de los mismos o sus dirigentes». Un designio que se concreta en el artículo 39.1: «Se considerarán actos contrarios a la memoria democrática la realización de actos efectuados en público que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, y supongan exaltación personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes, participantes en el sistema represivo o de las organizaciones que sustentaron al régimen dictatorial».

Correlativamente, en los apartados d) y e) del artículo 62.1 se tipifican como infracciones muy graves (sancionadas con una multa entre 10.001 y 150.000 euros) «la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin» a «los actos de exaltación de la Guerra o de la Dictadura que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares por parte del titular o responsable del espacio donde se desarrollen dichos actos» y la convocatoria de «actos, campañas de divulgación o publicidad que por cualquier medio de comunicación... inciten a la exaltación de la Guerra o de la Dictadura, cuando entrañe descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares»[11]. Se renuncia por tanto a la vía penal e incluso a una sanción directa de la apología. La responsabilidad (por omisión) recae en los organizadores de esos actos o campañas que, en todo caso, han de comportar menosprecio o humillación de las víctimas[12].

---

[10] Sobre las políticas públicas relacionadas con la memoria, es sumamente interesante la reciente obra de Mastromarino, Anna, *Memoria y políticas públicas. Cómo se construye un relato público del pasado,* Astrea, Buenos Aires, 2023.

[11] En el caso de las infracciones muy graves, podrá acordarse motivadamente la imposición de otras sanciones accesorias, como el cierre temporal (hasta 2 años) de los locales o establecimientos públicos donde se realicen estos actos o «la pérdida durante un plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones y ayudas públicas de las administraciones públicas» (art. 63.4).

[12] Como señala Rollnert, G., resulta paradójico que el enaltecimiento del franquismo por los participantes en estos actos públicos no conlleve sanción alguna, mientras que su convocatoria se castiga, aunque no exista afinidad ideológica con los organizadores [«Memoria democrática» versus libertad ideológica: la democracia militante retrospectiva», *RDP*, núm. 118, 2023, p. 127].

Estas previsiones guardan una estrecha conexión con la Disposición adicional quinta, que contempla como causa de extinción de una fundación, por perseguir una finalidad o desarrollar una actividad contraria al interés general, «la apología del franquismo o la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del Golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, por su condición de tales»[13]. Y también con la Disposición adicional séptima, que anuncia que «en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se promoverá la modificación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, con el objeto de incluir como causa de disolución de las asociaciones la realización pública de apología del franquismo y la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo por su condición de tales». Aunque en ambos casos se requiera una resolución judicial motivada, estas previsiones tienen difícil encaje en el marco de una democracia que no es militante y garantiza la libertad ideológica y el derecho de asociación.

El anteproyecto se remitió al Consejo General del Poder Judicial, que en su sesión del 7 de junio de 2021 aprobó por mayoría (15 votos a favor, 6 en contra) un informe que contenía algunas apreciaciones críticas[14]. En lo que aquí interesa, el informe señala en primer lugar que del ámbito de aplicación del artículo 62 deberían quedar excluidos los supuestos de ejercicio del derecho de reunión, cuyo desarrollo está sujeto a un específico régimen jurídico contenido en la LO 9/1983 (p. 129)[15]. En cuanto a la declaración de ilicitud de los mensajes que supongan exaltación de la sublevación militar, la Guerra o la Dictadura apela a la conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de proteger no sólo las opiniones acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que molestan o inquietan al Estado o a una parte de la población y su reiterada afirmación de que en nuestro sistema no tiene cabida un modelo de «democracia militante», que imponga no ya el respeto, sino la adhesión positiva a la Constitución. Desde esta perspectiva, añade el informe, «la exaltación o apología de hechos históricos por dolorosos, reprobables o contrarios a los valores centrales de nuestra convivencia que puedan estimarse constituyen opiniones o juicios de valor que entrarían en el ámbito de protección de la libertad de expresión,

[13] «Corresponderá al Protectorado instar judicialmente la extinción de la fundación por concurrencia de esta causa, pudiendo en tal caso el órgano judicial... acordar la suspensión provisional de las actividades de la fundación hasta que se dicte sentencia, así como adoptar las medidas cautelares que se consideren necesarias para la eficacia de la suspensión de actividades». Se modifica a estos efectos el artículo 33 de la Ley 50/2002 de Fundaciones, que regula el procedimiento de liquidación (Disposición final octava).

[14] Poco antes, el 29 de abril, el Consejo Fiscal había aprobado un informe favorable al anteproyecto por un solo voto de diferencia (el voto de la Fiscal General del Estado resolvió el empate entre fiscales conservadores y progresistas). Los cinco vocales electivos de la Asociación de Fiscales formularon un Voto discrepante, en el que censuraban su redacción «confusa, calculadamente ambigua y contradictoria».

[15] Recuerda en su p. 61 que el contenido de las ideas que pretenden expresarse mediante el ejercicio del derecho de manifestación «no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado», salvo, claro está, que el contenido de los mensajes sea ilegal (STC 66/1995).

salvo cuando suponga una lesión de derechos o bienes de relevancia constitucional»[16]. De modo que «la apología del franquismo, sin el requisito adicional de menosprecio o humillación de las víctimas, supone la expresión de ideas respecto de un régimen político contrario a los valores democráticos proclamados en nuestra Constitución», pero esas ideas, por equivocadas o peligrosas que puedan ser, están amparadas por la libertad de opinión (p. 70). Nuestra Constitución protege también a quienes la niegan (STC 176/1995).

En definitiva, la mayoría del Pleno considera que no puede reputarse ilícita la mera expresión de opiniones o juicios de valor sobre hechos de nuestra historia si tales expresiones no constituyen a su vez un ataque a un bien jurídico de relevancia constitucional, como es la dignidad de las víctimas, que se erige así en el verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión. Por eso, nada hay que objetar a que el legislador considere ilícitas aquellas conductas o actos que «entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares». Pero, tal y como está redactado, el precepto «puede dar lugar a una tutela asimétrica de la dignidad de las víctimas» que padecieron violaciones de derechos humanos en el periodo histórico contemplado por la norma[17]. Recomienda por ello que la definición de «actos contrarios a la memoria democrática» se formule «de un modo más omnicomprensivo», sin distinguir entre unas víctimas y otras (pp. 62, 70, 92 y 134)[18]. En último término, cabría cuestionarse la decisión de acudir a la potestad administrativa sancionadora para tutelar bienes jurídicos de titularidad individual frente a ofensas entre particulares, cuando ya existe una específica prohibición penal del discurso del odio lesivo de la dignidad de las personas en el artículo 510 CP (pp. 63 y 135).

[16] P. 131. El Tribunal subrayó en su Sentencia 43/2004 el valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, pero ese amplio margen que el artículo 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas cuando se trata de investigar e interpretar hechos históricos «encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes» (STC 235/2007). Por eso, no resultan protegidas las expresiones vejatorias u ofensivas o los discursos que hacen apología de los verdugos humillando a las víctimas (STC 176/1995). Se invoca asimismo la doctrina del TEDH sobre el discurso del odio: «la tolerancia y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos es la base de una sociedad democrática y pluralista». De ahí que pueda considerarse necesario «sancionar o incluso prevenir todas las formas de expresión que propagan, alientan, promueven o justifican el odio basado en la intolerancia» (pp. 132-133).

[17] En el Voto Particular concurrente del Vocal Álvaro Cuesta, al que se adhieren otros tres vocales, se critica duramente el inciso del informe que sugiere que el precepto en cuestión puede dar lugar a una «tutela asimétrica» de la dignidad de las víctimas, un recelo que se desliza «de manera forzada, contradictoria, injustificada, excesiva y sin motivación alguna». «¿Quiénes son las víctimas tratadas asimétricamente? El Informe nada indica ni aclara» (p. 3). Si bien se mira, en el anteproyecto «la protección y reconocimiento de las víctimas se realiza con carácter universal en base a un criterio temporal», sin establecer ninguna diferencia por razones ideológicas, políticas o de conciencia. Por tanto, respetando la memoria y la dignidad de todas las víctimas de la violencia política de ese periodo histórico, lo cierto es que el franquismo es el único régimen totalitario implantado en España en esa etapa (p. 8). En esa misma línea, el Voto discrepante de Concepción Sáez no oculta su «perplejidad» por esa referencia a la tutela asimétrica (p. 9).

[18] Consideraciones que son trasladables a la tipificación de las infracciones en las letras d y e del artículo 62.1.

Por lo que concierne a la causa general de disolución de las fundaciones prevista en la Disposición adicional quinta, el informe indica que, desde un punto de vista formal, «adolece de falta de taxatividad, al dejar al aplicador de la norma (tanto al protectorado a la hora de instar la disolución, como al juez en el momento de acordarla) un amplísimo margen de apreciación». Y desde un punto de vista material, se impone «una vinculación positiva a los intereses generales en toda la actividad de las fundaciones», un límite que resulta desproporcionado, porque son personas jurídicas privadas. Tampoco merece un juicio positivo la causa específica de disolución, que considera contrario al interés general la apología del franquismo o la incitación al odio o la violencia contra las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, una fórmula que va más allá de las conductas enunciadas en el artículo 515.4º CP (p. 155). Y ello porque las fundaciones son titulares del derecho consagrado en el artículo 20 CE, que el legislador puede restringir si las expresiones afectan a la dignidad de las víctimas, pero no cuando se limiten a ensalzar franquismo y no comporten una incitación directa o indirecta al odio o la violencia contra sus víctimas. La causa de extinción prevista en el anteproyecto invade claramente el derecho a la libertad ideológica consagrado en la Constitución (p. 70)[19]. Y lo mismo cabe decir de la Disposición adicional séptima, que resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 22.2 CE[20].

[19] El Voto Particular concurrente antes citado recuerda que el artículo 3.1 de la Ley 50/2002 menciona a título ejemplificativo una serie de fines de interés general (entre otros, la defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo, asistencia social e inclusión social, cooperación para el desarrollo, promoción de los valores constitucionales...). No es una lista cerrada, pero esa mención «permite, *ad sensum contrario*, excluir que algunos fines puedan ser considerados como de interés general. Especialmente aquellos que son opuestos o contradictorios con los mencionados», como «la divulgación de un credo o una obra política que es contraria a los valores constitucionales y a la defensa de los principios democráticos». Así lo ha entendido el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa (2019/2819) cuando «insta a los Estados miembros a que (...) que prohíban efectivamente los grupos neofascistas y neonazis y cualquier otra fundación o asociación que exalte y glorifique el nazismo y el fascismo o cualquier otra forma de totalitarismo». Por otra parte, el anteproyecto no exige que las fundaciones realicen todas sus actividades conforme al interés general, sino que «sus actividades respondan a un interés general y más propiamente que no lleven a cabo actuaciones contrarias a éstos, por lo que no hay desproporción alguna» (pp. 6 y 7). A la misma conclusión llega en su Voto Particular Concepción Sáez: la redacción de las Disposiciones adicionales 5.ª y 6.ª es adecuada; ni es imprecisa ni afecta a la libertad ideológica y de expresión.

[20] Una docena de eurodiputados españoles de formaciones nacionalistas y de izquierda formularon una pregunta (E-002946/2021) a la Comisión Europea en relación con la propuesta de informe del CGPJ sobre la Ley de Memoria Democrática. Los eurodiputados resaltan que el informe sostiene que dicha Ley «vulnera la libertad ideológica por pretender cerrar fundaciones con un largo historial de glorificación, negación y banalización de los crímenes de la dictadura franquista». Y afirma además que «la apología del franquismo está amparada por la libertad de expresión y puede ejercerse sin ofender a las víctimas», cuando decenas de miles de familias siguen buscando los cuerpos de sus padres, madres, abuelos y abuelas víctimas de este régimen criminal en cunetas y fosas comunes. En vista de ello, preguntan a la Comisión si la aprobación de este informe podría contravenir la Decisión Marco 2008/913/JAI relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, y si cree que «la libertad de expresión ampara ideologías totalitarias como el franquismo, el nazismo o el fascismo». En nombre de la Comisión, respondió la vicepresidenta Jourová (19/08/2021), recordando que es competencia de los Estados miembros tratar la delicada cuestión de «abordar los horrores y crímenes perpetrados en el pasado» por los regímenes totalitarios. Y que en virtud de la Decisión Marco 2008/913/JAI los Estados están obligados a sancionar penalmente la incitación pú-

El Voto Particular discrepante de los vocales J. M. Macias y J. A. Ballestero insiste en que el anteproyecto solo alude al franquismo, olvidando que existen «otros totalitarismos, igualmente merecedores de repulsa»[21]. Al aplicar las medidas preventivas o sancionadoras («desproporcionadas, asfixiantes e inmotivadas») solo a un grupo de personas definido por una ideología concreta y no con carácter general a todo totalitarismo, se viene a establecer una nueva categoría de «peligrosos sociales», que se somete a especial vigilancia por parte de las autoridades. De este modo, se discrimina a quienes defienden una concreta visión de nuestra historia y se «desnaturaliza» el carácter no militante de nuestra Constitución «para hacerlo exclusivamente combativo contra unas determinadas ideas»[22].

3. La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Memoria Democrática

En su reunión del 20 de julio de 2021 el Consejo de Ministros acordó la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley de Memoria Democrática[23]. No se introducen novedades sustanciales en el texto del anteproyecto. Pero sí observamos algunos retoques que nos parecen significativos. Así, en la Exposición de Motivos se inserta el siguiente párrafo: «la exaltación, enaltecimiento o apología de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad, condenados por el informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de fecha 17 de marzo de 2006, supone en todo caso un evidente menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares, que es obligado combatir en respeto y preservación de su dignidad». A nadie se le escapa el alcance de esta afirmación: la apología de los crímenes del franquismo entraña siempre («en todo caso») una humillación para las víctimas.

Atendiendo parcialmente las observaciones críticas del informe emitido por el CGPJ, en el primer apartado del artículo 38 (*Actos públicos contrarios a la memoria democrática*) se incluye un inciso del siguiente tenor: «Sin perjuicio de derecho de reunión

blica a la violencia y al odio contra grupos o personas por su raza, color, religión, ascendencia u origen nacional o étnico, lo que incluye la negación, la trivialización flagrante y la apología pública de los crímenes del Holocausto y del nazismo, «cuando se cometan de forma que puedan incitar a la violencia o al odio».

[21] No entienden que esas otras ideologías totalitarias —nazismo, estalinismo, comunismo, fascismo— no merezcan el mismo tratamiento cuando pueden ser «más letales y peligrosas en la actualidad para nuestra convivencia. Pensemos, por ejemplo, en el revisionismo que niega el Holocausto o el Gulag».

[22] Esa «asimetría» a la hora de fijar los límites de las libertades de expresión y reunión se refleja en la regulación de los símbolos y los actos contrarios a la memoria democrática. Como si no fuera suficiente el régimen sancionador general, la Ley introduce una restricción administrativa al ejercicio de un derecho fundamental cuyo desarrollo está reservado a la ley orgánica. Y también en la Disposición adicional sexta, que establece una medida preventiva que no se aplica a otras asociaciones que persigan la exaltación de otros regímenes totalitarios o menosprecien a sus víctimas.

[23] BOCG. Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, núm. 64-1, de 30/08/2021.

pacífica y sin armas, regulado por la Ley Orgánica 9/1983...». Para dejar constancia de que no se pretende exceptuar el régimen general que dicha Ley establece y que se resume en la idea de que una reunión no puede prohibirse preventivamente salvo que se aprecie un riesgo de alteración del orden público. En la regulación de las infracciones [art. 61.1.d) y e)] se registran modificaciones de escaso calibre para reforzar el «carácter acumulativo» de los dos elementos de la conducta sancionable: la exaltación de la sublevación militar o la dictadura y el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares[24]. Lo que no se compadece, a mi juicio, con la afirmación contenida en la Exposición de Motivos, que da por supuesto (eso es al menos lo que yo deduzco) que la exaltación de la dictadura constituye siempre una ofensa a las víctimas.

Esta doble exigencia se plasma de una forma más explícita en la redacción de las Disposiciones adicionales 5ª (Extinción de fundaciones) y 7.ª (Disolución de asociaciones). En la primera de ellas se considera contrario al interés general no la apología del franquismo (sin más, como rezaba el anteproyecto[25]) sino aquella «que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezcan a sus dirigentes, con menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales». En la segunda, la nueva causa (no penal) de disolución de las asociaciones se formula en los mismos términos, disipando las dudas generadas por la referencia que se hacía en el anteproyecto a «la realización pública de apología del franquismo y la incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las víctimas».

El Grupo Popular en el Congreso presentó una enmienda a la totalidad[26], en la que además de los consabidos reproches de alcance general (se pretende reabrir heridas, buscar el enfrentamiento, dinamitar el proceso de concordia y reconciliación que supu-

[24] Es lo que dice la memoria de impacto normativo (p. 40) que acompaña al proyecto. Así, en la infracción prevista en la letra d) se sanciona «la falta de adopción de las medidas necesarias para impedir o poner fin a la realización... de actos de exaltación... de la sublevación militar, de la Guerra o de la Dictadura, de sus dirigentes... cuando entrañen descrédito...». Y la tipificada en la letra e) sólo se aplica a las convocatorias de actos que «inciten a la exaltación... de la sublevación militar... cuando entrañe descrédito...». Al tratarse de infracciones muy graves, la incoación y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la Secretaría de Estado competente en materia de memoria democrática (art. 64). El Gobierno decidió incoar un expediente sancionador para determinar la posible comisión de una infracción por los organizadores de varios actos celebrados el 20 de noviembre de 2022, el primer aniversario de la muerte del dictador tras la entrada en vigor de la Ley. En concreto, la Secretaría de Estado de Memoria Democrática abrió un expediente por la concentración convocada por Falange la noche del 19 de noviembre en Madrid, en la que dos centenares de personas corearon gritos y cánticos fascistas, y el acto de homenaje a José Antonio Primo de Rivera en los aledaños del Valle de Cuelgamuros la mañana del 20 noviembre. El expediente se cerró en 2023 con la imposición de una sanción de 10.001 euros. Se encuentran aún en fase de investigación otros actos de apología del franquismo como el organizado ese mismo día por el Movimiento Católico Español en la Plaza de Oriente o los celebrados ante la tumba de Franco en Mingorrubio.

[25] Con base en las dos Resoluciones del Parlamento Europeo, la de 25/10/2018, sobre el auge de la violencia neofascista en Europa (2018/2869) y la de 19/09/2019, sobre la importancia de la memoria histórica para el futuro de Europa (2019/2819), que instan a los Estados a «prohibir efectivamente los grupos neofascistas y neonazis y cualquier otra fundación o asociación que exalte y glorifique el nazismo y el fascismo».

[26] BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-64-3, de 14/12/2021, pp. 2 y ss.

so la Transición...) se pide la devolución de un proyecto que distingue entre víctimas de primera y de segunda y convierte nuestro sistema en una «democracia militante de izquierdas», en la que quienes no comulguen con ella quedan proscritos. Una cadena de despropósitos que supone un gravísimo ataque a nuestro Estado de Derecho al vulnerar numerosos derechos y libertades fundamentales[27]. Del repertorio de enmiendas parciales, cabe destacar la núm. 11 del Grupo Republicano al artículo 61.1, porque propone precisamente la supresión en las letras d) y e) de la condición de que la exaltación del franquismo entrañe descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. De este modo, no sería necesario que se despreciase o vejase a las víctimas para sancionar la apología de la dictadura (¿se da tal vez por descontada la ofensa a las víctimas?).

En la misma onda se inscribe la enmienda núm. 117 del citado Grupo a la Disposición adicional 5.ª, que propone que se considere contrario al interés general «la apología del franquismo, el fascismo y el nazismo que ensalce el golpe de Estado y la dictadura o enaltezcan a sus dirigentes, con independencia de la existencia menosprecio y humillación de la dignidad de las víctimas del golpe de Estado, de la guerra o del franquismo, o incitación directa o indirecta al odio o violencia contra las mismas por su condición de tales»[28]. Ese mismo enunciado se reproduce en la enmienda nº 120 del Grupo Republicano a la Disposición adicional 7.ª con una justificación muy similar: «el enaltecimiento a la dictadura y a las ideologías que le dieron apoyo existe por parte de quien lo ejerce, independientemente del trato que se dé a las víctimas»[29].

Los Plenos del Congreso (14/07/2022) y del Senado (05/10/2022) aprobaron sin introducir ninguna modificación el Proyecto de Ley. Todas las enmiendas que aquí hemos consignado corrieron la misma suerte y no suscitaron, esa es la verdad, mucho debate[30].

---

[27] El Grupo de VOX presentó otra enmienda a la totalidad aduciendo, entre otras cosas, que el proyecto invisibilizaba a las víctimas que «fueron asesinadas u oprimidas por la izquierda». Con respecto a la prohibición de los actos de exaltación del franquismo, el precepto, además de liberticida, incurre en el doble rasero, en la «discriminación maniquea», que caracteriza a toda la ley: «no a las asociaciones que ensalcen la dictadura, sí a las que celebren a las milicias y partidos responsables del Terror rojo». Ambas enmiendas fueron votadas (y rechazadas) conjuntamente. También fue rechazada la enmienda a la totalidad con texto alternativo del Grupo Republicano (ERC).

[28] La justificación no deja lugar a dudas: «se considera indispensable desvincular la necesidad de extinguir las fundaciones que den apoyo y/o hagan apología del franquismo, el fascismo o el nazismo de su trato para con las víctimas de los mismos».

[29] Una transcripción exacta de este texto puede verse en las enmiendas nº 47 y 49 del senador Reniu (ERC). Más contundente aún era la enmienda nº 40 del senador de Compromís Carles Mulet que añadía al artículo 35 el siguiente punto: «Se consideran contrarias a la memoria democrática... y a la dignidad de las víctimas las asociaciones, partidos entidades, fundaciones... que conmemoren, justifiquen, exalten, enaltezcan el golpe militar del 1936, el franquismo o a sus dirigentes, procediendo a su ilegalización inmediata».

[30] Lo más reseñable es la recriminación compartida de los portavoces del PP y Cs, que coinciden en denunciar la tolerancia del Gobierno con los homenajes a los terroristas. El diputado Díaz Gómez (Cs) se pregunta cómo puede propugnarse al mismo tiempo la despenalización del enaltecimiento del terrorismo y la persecución del enaltecimiento del franquismo (DS, Congreso. Comisiones, XIV Leg., núm. 730 Constitucional, sesión núm. 23 del 04/07/2022, p. 5). A la senadora Salanueva (PP) le parece «sorprendente y lamentable» que se pretenda condenar los actos de enaltecimiento franquista cuando el Gobierno no ha dado ni un solo paso para prohibir los *ongi etorri*. (DS. Senado, Comisiones, núm. 427, de 29/09/2022).

4. La controversia sobre la sanción, penal o administrativa, de la apología del franquismo

Las iniciativas legislativas que en 2017 y 2018 proponían la incriminación del enaltecimiento del franquismo no tuvieron buena acogida en sede doctrinal. Es verdad que se registran algunas excepciones. Así, con un enfoque que parte de la convicción de que la democracia que no se defiende acaba sucumbiendo, Carlos García-Berro, Fiscal de la Audiencia Nacional y vocal del Consejo Fiscal por la Unión Progresista de Fiscales, publicó en 2021 un artículo periodístico en defensa de la criminalización de la apología del franquismo, que él considera una manifestación del discurso del odio[31]. Distingue, no obstante, entre un enaltecimiento del franquismo «por ignorancia», que no debe ser perseguido penalmente, y un enaltecimiento «doloso»: «cada vez es mayor el número de personas que enaltecen el franquismo de forma deliberada con aceptación de sus postulados totalitarios y la consiguiente voluntad de imponerlos». Y ante esta amenaza para la convivencia, si no reaccionamos, si no somos capaces de penalizar la apología del franquismo, corremos el riesgo de perder la libertad. Nuestras democracias están seriamente amenazadas, sin duda, pero discursos nostálgicos, como los que tratan de «blanquear» la dictadura franquista, no representan, en mi opinión, un peligro real o inminente para la estabilidad de nuestro sistema político. Podemos afrontar el desafío sin recurrir a la artillería pesada de la represión penal.

Y lo cierto es que la inmensa mayoría de los penalistas que se han ocupado de este asunto han mostrado su rechazo a un eventual reproche penal. Y lo han hecho con sólidos argumentos de orden dogmático. Margarita Roig[32], por ejemplo, recuerda que en nuestro ordenamiento la apología (elogio público de un delito o de su autor) solo es punible como forma de provocación, esto es, si constituye una incitación directa a cometer un delito (art. 18.2 CP). Como es obvio que ensalzando el franquismo no se induce a la comisión de un ilícito concreto, es necesario crear un tipo específico de apología, pero con la exaltación de la dictadura no se lesiona ni se pone en peligro un bien jurídico merecedor de tutela, por lo que no procede adelantar hasta ese punto las barre-

[31] «Apología del franquismo: democracia y libertad de expresión» (El Confidencial, 20/02/2021). Comienza preguntándose por qué genera tanto recelo la tipificación de este delito. «La respuesta es tan sencilla como desoladora: porque en este país parte de la sociedad no se avergüenza de nuestro pasado franquista». Echa en falta ese sentimiento de vergüenza colectiva «por lo que se hizo, por lo que se dejó de hacer, por lo que se calló, por lo que se toleró...». En favor de una sanción penal se han pronunciado también algunas entidades memorialistas como la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica (ARMH).

[32] «El delito de apología y exaltación del franquismo», *Revista General de Derecho Penal*, nº 33 (2020), pp. 1-44. Vid. también de la misma autora «El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el derecho alemán. ¿Un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 23\07 (2021), pp. 1-31.

ras de protección[33]. El artículo 20 CE no permite tipificar como delito «la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana».

Esta regla admite muy pocas excepciones: una de ellas es la justificación (que no la negación) pública de los delitos de genocidio, prevista hasta el año 2015 (LO 1/2015) en el artículo 607.2 CP, por «la especial peligrosidad» de un delito tan odioso, pero siempre que «tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión» (STC 235/2007). La clave está, por tanto, en la incitación directa o indirecta a la violencia o el odio contra determinados grupos. Sólo entonces, cuando se genera un clima de hostilidad altamente inflamable, se lesiona o pone en peligro un bien jurídico digno de tutela penal. Una condición que sí se impone en el vigente artículo 510.1.c)[34], pero no así en el 510.2 CP, que en su apartado b) castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa a «quienes enaltezcan o justifiquen» por cualquier medio de difusión los delitos de genocidio o a quienes hayan participado en su ejecución, y solo contempla esa circunstancia como agravante, al elevar la pena «cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos»[35].

Otra excepción es el delito el enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), pero esa conducta sólo es punible cuando propicia o alienta, aunque sea de manera indirecta, «una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (STC 112/2016)[36]. Pues bien, «si para penalizar, excepcionalmente, el

[33] *Idem*., pp. 4-5. A su juicio, la penalización de la apología del franquismo no es conciliable con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el TEDH. Ni siquiera la noción amplia del discurso del odio que maneja nuestro TC comprende la exaltación de un régimen político, por autoritario que sea (pp. 8-12). Lo dejó bien claro en la STC 214/1991: «Es indudable que las... opiniones acerca de la actuación nazi..., por reprobables o tergiversadas que sean..., quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga..., sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos» (FJ 8).

[34] Castiga con pena de prisión y multa a «quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores... cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación» contra esos mismos grupos que fueron víctimas de tales delitos.

[35] A juicio de Roig, y de otros muchos penalistas, este precepto, tal y como está redactado, no cumple las exigencias de la STC 235/2007, porque en el tipo básico no se exige la creación de ese clima que favorezca actos concretos de violencia o discriminación. Y se aparta de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que obliga a los Estados miembros a castigar, entre otras conductas, «la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra... cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo» (*op. cit*., pp. 23-24).

[36] Bien elocuente es a este respecto la Exposición de Motivos de la LO 7/2000: «No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos

enaltecimiento de delitos tan graves se precisa una incitación al menos indirecta a cometerlos, el puro enaltecimiento o exaltación de un régimen político, aunque sea dictatorial, no reviste la lesividad necesaria para excluir la cobertura del artículo 20.1»[37].

Como pone de relieve M. Roig[38], resulta muy significativo que en una democracia «militante» como la alemana no se penalice el enaltecimiento del nacionalsocialismo. En principio, la defensa de la ideología o del régimen nacionalsocialista está amparada, como cualquier otra opinión, por el artículo 5.1 de la Ley Fundamental. Es lo que se desprende de la Sentencia dictada 9 de noviembre de 2011 por el Tribunal Constitucional Federal (TCF) [BVerfG 1 BvR 461/08)][39], que incluye dentro del ámbito de protección de dicho precepto todas las opiniones «independientemente de que resulten ser verdaderas o falsas, de que estén bien fundadas o infundadas, de que sean emocionales o racionales, de que se consideren valiosas o inútiles, peligrosas o inocuas», sin excluir las que ponen en cuestión el orden constitucional. Y se protegen también «las alegaciones fácticas» en la medida en que «constituyen un requisito previo para la formación de opiniones y no son consciente o demostrablemente falsas»[40].

En rigor, sólo se castiga la «aprobación, glorificación o justificación» de la violencia y la arbitrariedad ejercidas por ese régimen totalitario entre los años 1933 y 1945 (la apología de los delitos cometidos bajo el mismo), pero sólo si hace de forma que lesione la dignidad de las víctimas y perturbe o ponga en peligro la paz pública (§ 130.4 del

---

delitos». Ciertamente, se han dictado algunas decisiones muy discutibles, pero en la jurisprudencia más reciente sobre manifestaciones que ensalzan públicamente la trayectoria de organizaciones terroristas ya desactivadas (ETA y GRAPO) se aprecia un giro saludable que trata de reconducir y poner orden y cordura en la aplicación del tipo penal. Más allá del ruido provocado por esas resoluciones polémicas, se ha ido consolidando una línea jurisprudencial más depurada y más ajustada al contexto actual. Este nuevo enfoque está en consonancia con la normativa europea. Tanto el Convenio para la prevención del terrorismo de 2005 como la Directiva 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo imponen a los Estados la obligación de tipificar como delito la provocación pública para cometer delitos terroristas, cuando engendre un peligro de que se puedan cometer uno de estos delitos. Tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional insisten en la necesidad de que se genere un riesgo real de que algunos de los receptores de esos mensajes acaben ejerciendo la violencia. Y toma en consideración el hecho de que la organización terrorista cuya actividad se enaltece haya sido desmantelada o lleve un tiempo inactiva, una circunstancia que reduce el peligro de que la misma se reanude como consecuencia de la difusión de sus mensajes.

[37] M. Roig, *op. cit.*, p. 22.

[38] *Idem*., pp. 34 y ss.

[39] *Vid*. en el mismo sentido el Auto del TCF de 22 de junio de 2018 (1 BvR 673/18).

[40] En ese caso concreto, se anula la condena del demandante porque «las alegaciones fácticas demostrablemente falsas en las que se describe el Holocausto de los judíos como una "mentira de conveniencia" y en las que se afirma que se ha comprobado científicamente que no había cámaras de gas para seres humanos, están comprendidas dentro del ámbito de protección del artículo 5.1 GG, ya que están insertas en un ensayo en el que se refleja principalmente la tesis de la falta de culpabilidad de Alemania en el estallido de la Segunda Guerra Mundial». Es cierto que el exterminio masivo de la población judía «es un hecho históricamente probado», cuya negación, «manifiestamente falsa en sí misma», no entraría en el ámbito de la protección de la libertad de expresión. Pero en el presente caso las declaraciones que niegan el Holocausto, consideradas en el contexto de los respectivos escritos, están inseparablemente ligadas a la expresión de una opinión. En el ensayo «La mentira histórica de la supuesta invasión de Polonia en 1939», por ejemplo, se hace esa afirmación como un argumento más para negar la culpabilidad de Alemania. En todo caso, no concurre el requisito de la «difusión», porque se trataba de documentos que se intercambiaron entre dos personas, aunque acabaran siendo divulgados por un tercero.

Código Penal)[41]. Y este último concepto, la alteración de la paz pública, ha de interpretarse de forma restrictiva, como advierte la sentencia del TCF de 4 de noviembre de 2009 [BVerfG 1 BvR 2150/08]: no se puede limitar la libertad de expresión para proteger a los ciudadanos de la «intranquilidad subjetiva» o la perturbación emocional que puede provocar la confrontación con opiniones o ideologías que no comparten (es el precio que hay pagar por vivir en una sociedad libre); la injerencia sólo es aceptable para preservar la convivencia pacífica.

El TCF desestima el recurso[42] y sostiene que el artículo 130.4 del Código Penal es compatible con la Ley Fundamental y fue aplicado por el Tribunal Administrativo Federal de manera constitucionalmente inobjetable. Recuerda en primer lugar que los ciudadanos no están obligados a compartir los valores constitucionales. La Ley Fundamental no impone la lealtad a esos valores y ampara también las opiniones de los enemigos de la libertad que postulan un cambio radical del orden político imperante, porque confía en el libre debate como el arma más eficaz contra la propagación de ideologías totalitarias. Ni siquiera la difusión de las ideas nacionalsocialistas queda fuera del ámbito de protección del artículo 5.1 GG, siempre que se defiendan en la esfera

[41] «Será castigado con pena de prisión de hasta tres años, o multa, quien en público o en una reunión perturbe la paz pública de una manera que lesione la dignidad de las víctimas, aprobando, glorificando o justificando el régimen nacionalsocialista de violencia y arbitrariedad». Precepto introducido mediante la Ley de reforma del Código Penal de 24 de marzo de 2005. En la sentencia impugnada, la dictada el 25 de junio de 2008 por el Tribunal Administrativo Federal (BVerwGE 131, 216), se distingue entre las medidas o acciones ordinarias desarrolladas bajo el Tercer Reich y aquellas que reflejaban la voluntad de imponer un sistema totalitario y negar la dignidad humana y las libertades. Las declaraciones que encajan en el tipo del artículo 130.4 son las que se refieren a las graves violaciones de los derechos humanos cometidas sistemáticamente por el régimen nacionalsocialista. Las opiniones que valoran positivamente aspectos concretos del orden político o social de la época o de la actuación de sus dirigentes, pero no se refieren a esas graves violaciones o a la violencia o la arbitrariedad características del régimen están protegidas por la libertad de expresión y no merecen reproche penal. Ahora bien, la aprobación del régimen, cuando se expresa sin reservas ensalzando el papel de sus máximos líderes, implica la aprobación implícita del imperio de la fuerza y la arbitrariedad ejercida. En este caso, las autoridades habían prohibido una concentración ante la tumba de Rudolf Hess con el lema «Su honor era más importante para él que la libertad». El Tribunal considera que si la reunión se hubiera celebrado se habría aprobado abiertamente la violencia y la arbitrariedad del régimen nacionalsocialista, con un énfasis especialmente positivo en la persona de Hess, como había sucedido en años anteriores con motivo del aniversario de su muerte. Con esos precedentes, es indudable que la intención de honrar al lugarteniente del Führer no se limitaba a aspectos parciales de su personalidad o sus acciones, sino que comprendía toda su trayectoria, que era valorada globalmente de forma positiva, sin reservas. En ese contexto, la exaltación de su figura habría sido percibida como una aprobación tácita del régimen nacionalsocialista en todas sus manifestaciones, incluidas sus atrocidades criminales y en particular el exterminio de millones de judíos. Esa aprobación incondicional habría lesionado la dignidad de las víctimas del nacionalsocialismo y habría perturbado la paz pública.

[42] El recurrente alega la violación de varios derechos fundamentales. Afirma, de entrada, que el artículo 130.4 CP no es una ley general en el sentido del artículo 5.2 GG, ya que se dirige contra una determinada ideología política. Es incomprensible que sólo las víctimas del régimen nacionalsocialista estén protegidas por el Derecho penal, cuando las violaciones de los derechos humanos bajo las dictaduras comunistas han sido mayores cuantitativa y cualitativamente. Rechaza, por otro lado, que el homenaje a R. Hess, que fue expulsado del partido por sus gestiones en favor de la paz, pueda interpretarse como una aprobación implícita de las injusticias o arbitrariedades cometidas bajo el nacionalsocialismo. Además, la sentencia impugnada validó la existencia de un riesgo de alteración de la paz pública sin ninguna prueba fáctica.

puramente intelectual y no se vulneren o se pongan en peligro intereses legítimos de rango constitucional. La peligrosidad de las opiniones no es motivo suficiente para restringir su difusión[43].

Es verdad que, según el artículo 5.2 GG, la libertad de expresión sólo puede limitarse mediante leyes generales, que no prohíben una opinión particular como tal, sino que sirven para proteger un interés jurídico constitucionalmente relevante. El que se protege con el articulo 130.4 es la paz pública, aunque no de forma general, sino sólo en relación con opiniones que ensalzan o justifican un régimen totalitario concreto. Pero es que el horror provocado por los crímenes del régimen nacionalsocialista dentro y fuera de las fronteras alemanas es único, incomparable (la RFA se funda precisamente como alternativa a esa barbarie, con el declarado propósito de evitar el resurgimiento de un régimen que destruyó todas las conquistas de la civilización) y las declaraciones que lo aprueban pueden tener efectos de mucho más alcance que los que pueden generar otros discursos nocivos. Por eso, esa excepción a la prohibición de leyes especiales está justificada.

Además, el tipo penal cumple las exigencias del principio de proporcionalidad: persigue una finalidad legítima, la preservación de la paz pública, y constituye una medida idónea, necesaria y proporcionada para lograr ese objetivo. En la línea marcada por la sentencia recurrida, el TCF se inclina por una interpretación restrictiva de la noción de paz pública: no se trata de proteger a los ciudadanos de las «perturbaciones subjetivas» o la «ansiedad» que se deriva de la confrontación intelectual de opiniones contrapuestas, porque ese es el reverso de la libertad de expresión, aunque conduzca a un «envenenamiento» del clima político o social. Sí procede, en cambio, una sanción penal ante declaraciones claramente diseñadas para poner en peligro intereses dignos de protección, como sucede cuando se incita a actuar de forma agresiva o a infringir la ley o se busca deliberadamente un efecto intimidatorio o desinhibitorio.

En resumidas cuentas, lo que se castiga no es la aprobación o trivialización de una ideología o una versión falsa de la historia, sino la aprobación expresa o implícita de las atrocidades y los brutales crímenes cometidos, únicos e insuperables en términos de

[43] Sí se castiga, en cambio, con pena de prisión de hasta tres años o multa [§ 86 a StGB], el uso, en público o en una reunión, de símbolos distintivos de partidos o asociaciones inconstitucionales (lemas, saludos o banderas, como la esvástica, por ejemplo), para evitar la reactivación o resurgimiento simbólico de estas organizaciones y la sensación de que en Alemania sus aspiraciones se toleran y pueden defenderse legítimamente. Su utilización es punible, aunque no se haga con la intención de apoyar a tales organizaciones. Este tipo no requiere la puesta en peligro de la paz pública y sólo puede entenderse como una muestra de la voluntad de la sociedad alemana de romper con el pasado y distanciarse de esa etapa histórica (Roig, M., *op. cit*., pp. 36-37). En su decisión de 13/03/2018 en el caso *Hans Burkhard Nix c. Alemania,* el TEDH inadmitió la demanda de un bloguero condenado por publicar en un post la fotografía de Himmler vestido con uniforme de las SS, con la insignia del Partido (incluida la esvástica) y un brazalete adornado también con una esvástica Y lo hizo aduciendo que «los Estados que han experimentado los horrores del nazismo tienen una responsabilidad moral especial a la hora de distanciarse de las atrocidades masivas perpetradas por los nazis».

desprecio por la humanidad[44], porque esa valoración positiva abre el camino a una posible repetición. Esa aprobación puede deducirse también de la glorificación de un personaje histórico si se presenta claramente como una figura simbólica del régimen de violencia y arbitrariedad impuesto por el nacionalsocialismo[45]. Es una medida proporcionada, porque además el tipo penal exige que esa aprobación se exprese de una manera que viole la dignidad de las víctimas y altere la paz pública[46].

La regulación alemana invita a la contención: si en un país que vivió una experiencia traumática sin parangón no se sanciona penalmente el enaltecimiento del nacionalsocialismo, y sólo se castiga la aprobación de los atroces crímenes que cometió siempre que así se perturbe la paz pública, no parece de recibo que en nuestro ordenamiento se pretenda penalizar la mera exaltación del franquismo[47].

Esa es también la opinión de José León Alapont[48], que no duda en afirmar que en una democracia no militante como la nuestra la criminalización de la apología del franquismo es inconstitucional, porque conculca la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 CE[49]. A su juicio, nuestro país ha mostrado un nivel de madurez superior al de otros Estados al no dejarse arrastrar por el populismo punitivo[50] y no tipificar como delito de

[44] Del mismo modo que el artículo 140 del Código Penal castiga la apología de delitos que se han cometido efectivamente y son especialmente graves.

[45] No son punibles, en cambio, las referencias positivas a acontecimientos de la época nazi omitiendo los actos de violencia o represión.

[46] Para el TCF la decisión impugnada en este asunto es irreprochable. El Tribunal Administrativo Federal consideró que la ostensible veneración y glorificación, sin reserva alguna, de responsables y figuras simbólicas de ese período, que representan el gobierno nacionalsocialista en su conjunto, comporta una aprobación implícita de la violencia y la arbitrariedad características de ese régimen. Es lo que podría deducir razonablemente un observador imparcial. Aplicó correctamente el tipo penal y llegó a la conclusión, inobjetable, de que, dadas las circunstancias, la reunión organizada por el demandante en homenaje a R. Hess habría significado una aprobación incondicional del régimen nacionalsocialista de violencia y arbitrariedad en su conjunto y también, por tanto, de las violaciones de los derechos humanos cometidas bajo el mismo. No puede obviarse el hecho de que Hess iba ser honrado como lugarteniente del Führer (de 1933 a 1941), corresponsable de las decisiones más importantes y en particular de las violaciones masivas de los derechos humanos, al formar parte del círculo más estrecho de colaboradores de Hitler. Tampoco hay motivos para cuestionar la convicción de que la reunión prevista habría lesionado la dignidad de las víctimas y habría perturbado la paz pública.

[47] Roig, M., *idem*., p. 39.

[48] «¿Deben castigarse el enaltecimiento del franquismo y otro tipo de conductas "afines"?: los intentos frustrados del legislador y una vía de escape (la administrativo-sancionadora)», *Revista Penal,* 51, 2023. *Vid*. asimismo dos trabajos anteriores del mismo autor: «Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos», Diario La Ley, nº 9572, 12/02/2020; «Enaltecimiento y apología del franquismo, humillación y odio a las víctimas y otras conductas ¿penalmente relevantes? En Acale, M.; Miranda, A., y Nieto, A. (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: « a jangada de pedra?,* BOE, Madrid, 2021, pp. 77 y ss., y «El odio hacia las víctimas de la Guerra Civil Española y del franquismo: ¿nuevo paradigma punitivo?», en Contreras J. M., y Sánchez, R. (dirs.), *El tratamiento normativo del discurso del odio,* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 196 y ss.

[49] Como dijo Noam Chomsky, «si no creemos en la libertad de expresión para la gente que despreciamos, no creemos en la libertad de expresión».

[50] El legislador penal puede resultar insaciable y está de moda criminalizar los discursos extremos. Pero esta expansión desbocada del Derecho penal puede conducir a la banalización del *ius puniendi*. Y abre la puerta a su instrumentalización como un arma de propaganda política.

forma específica las manifestaciones de quienes «añoran la reinstauración del régimen franquista, siguen aplaudiendo las atrocidades cometidas bajo la dictadura» o «se burlan o promueven el odio hacia sus víctimas»[51]. El enaltecimiento de una ideología o un sistema político, por muy alejada que esté de nuestro actual marco constitucional, no puede ser objeto de sanción penal. ¿Cuál es el bien jurídico que se infringe o se pone en peligro con esa conducta?. Las manifestaciones de apoyo o adhesión a regímenes totalitarios como el franquista nos pueden parecer deleznables, pero están amparadas por la libertad ideológica y la libertad de expresión en una democracia pluralista y no militante como la nuestra[52]. Cuestión distinta es, puntualiza León, la pretensión de rehabilitar esos regímenes cuando ponga nuestro sistema de libertades en inminente riesgo de destrucción. O la apología de los delitos cometidos durante la guerra civil o el franquismo (o de quienes participaron en su ejecución), una conducta que podría tener encaje en el tipo del artículo 510.2.b) CP, que castiga a quienes enaltezcan o justifiquen los delitos de genocidio.

No puedo sino suscribir el análisis crítico de estos autores. El enaltecimiento del régimen franquista debe quedar fuera del alcance del Derecho Penal. Ya disponemos en nuestro Código Penal de preceptos que permiten castigar bajo determinadas condiciones la difusión de aquellos mensajes que inciten, directa o indirectamente, al odio o la violencia. O humillen a las víctimas de la dictadura[53].

---

[51] En todo caso, añade Leon, debería reprimirse el enaltecimiento de movimientos o ideologías de naturaleza análoga, como el fascismo, el nacionalsocialismo, el falangismo o el comunismo, entre otras.

[52] Para este autor, no merecen reproche penal una serie de conductas, que desglosa, a título meramente ilustrativo: celebrar misas en honor a Franco; rendir homenaje a Franco o Primo de Rivera; exhibir banderas preconstitucionales o esvásticas; o cantar el «Cara al sol» u otro tipo de canciones que exalten la dictadura. Salvo que se incurra, por supuesto, en un delito de desórdenes públicos. Censura igualmente las nuevas causas de disolución de fundaciones y asociaciones previstas en la LMD, por vulnerar claramente los derechos de asociación y fundación reconocidos en los artículos 22 y 34 CE. Entre otras razones, porque esa disolución podría instrumentarse a través del artículo 515.4.º CP que considera asociaciones ilícitas «las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología...», con las garantías propias del proceso penal («Enaltecimiento y apología...», cit., pp. 98-99).

[53] En un auto dictado el 16/11/2020, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acordó el archivo de la querella presentada por la asociación «Trece Rosas Asturias» y familiares de una de las «Trece Rosas» contra el diputado de Vox Javier Ortega Smith por delitos de incitación al odio y de calumnias e injurias graves con publicidad, por las declaraciones efectuadas por dicho dirigente político en un programa de televisión en las que afirmó que lo que hacían algunas de las 13 jóvenes republicanas fusiladas en 1939 era «torturar, violar y asesinar vilmente». En relación con la existencia de un posible delito de incitación al odio, el Tribunal explica que el tipo exige que la difusión de ideas implique una incitación o una provocación al odio a determinados grupos por motivos racistas, antisemitas o ideológicos, «de manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales». El auto admite las afirmaciones del querellado pueden lesionar la dignidad de las víctimas, pero «debe rechazarse la extensión que realizan tanto el M. Fiscal como los querellantes a la de las personas que en el día de hoy participan de la misma ideología que aquellas, y menos aún como una incitación al odio con una capacidad de peligro relevante». En cuanto a los delitos de injurias y calumnias, la Sala comparte el criterio del Fiscal, que interesó la inadmisión de la querella por falta de legitimación activa de los querellantes, ya que la acción penal por estos delitos se extingue con el fallecimiento del ofendido, «de suerte que producido tal evento, solo queda a sus deudos y herederos la acción de protección civil». Efectivamente, aunque no existe en rigor un derecho a no ser ofendido, los familiares de las víctimas pueden explorar esa vía civil para reclamar la correspondiente indemnización por la intromisión en el derecho al honor.

En cuanto a la tipificación del enaltecimiento del franquismo como infracción administrativa en la Ley 20/2022[54], ya vimos cómo el Informe del CGPJ sobre el anteproyecto no ocultaba sus reservas sobre esa decisión del legislador, apelando a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal de Estrasburgo[55].

Una posición bien distinta es la que mantiene Artemi RALLO[56]. Para este constitucionalista, la apología del franquismo lleva implícito el menosprecio y la humillación de las víctimas o sus familiares. A su juicio, «todo acto de apología del franquismo constituye, en sí mismo, ofensa, humillación y menosprecio a las víctimas». Al desvincular la apología del franquismo de una humillación adicional a las víctimas (esa humillación se presupone), todas las restricciones al ejercicio de derechos y libertades constitucionales (libertad ideológica, de reunión, de expresión, de asociación...) que se derivan de su proscripción encuentran su fundamento en la convicción de que «una democracia constitucional, por muy neutral ideológicamente que se pretenda, no puede amparar su propia destrucción y el probado proselitismo ideológico dirigido a derrocarla y sustituirla por su opuesto: un régimen autoritario». Una «democracia neutral» no puede ser una «democracia inerme». No podemos renunciar, concluye Rallo, a una «democracia resistente» frente a enemigos declarados y persistentes.

Creo sinceramente que, como señalé antes en relación con la represión penal, este tipo de planteamientos cargan demasiado las tintas, incurren en un alarmismo excesivo.

---

[54] La Ley 9/2023, de 28 de septiembre, de Memoria Histórica y Democrática de Euskadi va más lejos al tipificar como infracción grave (art. 47), sancionada con una multa entre 2.001 y 10.000 euros, las siguientes conductas: «f) Utilizar o emitir expresiones ofensivas, vejatorias o atentatorias contra la dignidad de las víctimas de la Guerra Civil o la dictadura franquista, o de sus familiares, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o en plataformas digitales, así como cualquier tipo de manifestación que suponga el enaltecimiento del franquismo, cuando... no puedan ser tipificadas como delito de incitación al odio»; ... h) La celebración de actos y homenajes de cualquier naturaleza que tengan como finalidad la conmemoración, la exaltación o el enaltecimiento... del golpe militar de 1936, incluidas las celebraciones asociadas al 18 de julio, y de la dictadura franquista, de sus dirigentes o de las organizaciones que sustentaron el régimen dictatorial». No se exige pues que se ofenda o humille a las víctimas o sus familiares para castigar la apología del franquismo.

[55] No se alude en el Informe a la STEDH de 8 de julio de 2008 en asunto *Vajnai c. Hungría*, que consideró contraria a la libertad de expresión la condena del demandante por exhibir en el curso de una manifestación pacífica una estrella roja, uno de los símbolos «totalitarios» prohibidos en ese país por una disposición, el artículo 269/B del CP, cuya constitucionalidad fue avalada por el TC al entender que su exhibición pública constituía una grave ofensa para todos los defensores de la democracia y en particular para las personas que fueron perseguidas por los regímenes nazi y comunista. El Tribunal recuerda que las limitaciones del discurso político solo pueden justificarse por una necesidad social imperiosa y claramente definida. El Gobierno no ha citado ningún caso en el que el hecho de mostrar públicamente esa estrella hubiera provocado o amenazado con provocar disturbios. El ordenamiento húngaro dispone de otros instrumentos para preservar el orden público. Se trata además de una prohibición indiscriminada: el simple hecho de mostrar la estrella roja, omnipresente durante la era comunista, puede dar lugar a una sanción penal sin que se exija probar que constituye propaganda totalitaria. Admite que puede provocar malestar entre las personas que han sido víctimas del régimen comunista y sus familias, pero tales sentimientos, por comprensibles que sean, no pueden justificar por sí solos que se impongan límites a la libertad de expresión. Han transcurrido dos décadas desde que se produjo la transición a un régimen pluralista en Hungría y este país, que es miembro de la UE, ha acreditado que es una democracia estable.

[56] «Memoria democrática y Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional,* 51, 2023, p. 142.

Es verdad que en este punto la redacción final de la Ley es más matizada que la prevista en el anteproyecto, y podría superar incluso (no lo descarto) el filtro del juicio de constitucionalidad como opción legítima del legislador. Pero sigo sin ver la necesidad de una sanción administrativa, que constituye una injerencia de muy difícil justificación en el ámbito constitucionalmente protegido por la libertad ideológica y la libertad de expresión (STC 214/1991)[57], con el consiguiente efecto de desaliento en su ejercicio, y cuya aplicación suscita además no pocos interrogantes: ¿cuándo la exaltación de la sublevación militar o la dictadura comporta realmente el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas o de sus familiares?. Porque, en contra de lo que sostiene Rallo, no creo que pueda establecerse esa ecuación automática, en cualquier contexto, entre apología del franquismo y humillación de las víctimas. Justamente por eso en la formula finalmente aprobada se incluye la afectación a la dignidad de las víctimas como un requisito adicional, que habrá que interpretar de forma restrictiva[58]. Dejar en manos de una autoridad administrativa (sometida por supuesto al ulterior control judicial) la aplicación de esta infracción no parece desde luego una buena idea[59].

[57] En este sentido se pronuncia también Rollnert, G., quien rechaza rotundamente la pretensión del legislador memorialista de blindar una determinada interpretación histórica de la Guerra Civil y el franquismo estableciendo «no una democracia militante contra las amenazas actuales a la Constitución, sino una "memoria militante" frente a cualquier relato histórico discrepante» (*op. cit.*, p. 141]. Coincide en ese juicio crítico Teruel, G. M., «Cuando la memoria se hace ley: una aproximación constitucional», *Letras Libres*, 06-10-2022.

[58] La preocupación manifestada por Rollnert ante el riesgo de una interpretación extensiva no carece de fundamento. Si nos atendemos al Preámbulo, que justifica el régimen sancionador de la Ley como «medio de evitar la humillación que pudiera sentir cualquier víctima de la guerra o la Dictadura», el parámetro para dilucidar si existe tal humillación sería «la sensibilidad subjetiva» de las propias víctimas, lo que sería tanto como reconocer que son ellas las que marcan los límites de la libertad de expresión. A lo que hay que añadir que la Ley considera víctimas a quienes sufrieron directamente la represión, pero también a sus familiares (cónyuge, descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado). Es más, la condición de víctima se predica incluso de entes carentes de personalidad jurídica como «las comunidades, las lenguas y las culturas vasca, catalana y gallega» (*op. cit.*, pp. 136-137).

[59] Comparto plenamente la oposición de Doménech, G. a la aplicación de sanciones administrativas en un terreno tan sensible [«La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)». En Ríos, L. E., y Spigno, I. (eds.), *La libertad de expresión en el siglo xxi. Cuestiones actuales y problemáticas*, Tirant lo Blanch, México, 2021, pp. 193-215]. También Teruel, G. M. (*op. cit.*) alberga serias dudas sobre la legitimidad constitucional de este recurso a las sanciones administrativas para castigar conductas que a priori son ejercicio de la libertad de expresión. Reservas que no se disuelven con el argumento de que «la fiscalización posterior en vía contenciosa soluciona este eventual problema» (Simancas, D., y Ferrari, A. J., «Un abrazo sin amnesia: otra perspectiva de la Ley de Memoria Democrática», *Letras Libres*, 02-11-2022), entre otras cosas, porque las multas, de considerable cuantía, solo pueden recurrirse previo pago de la sanción y de las correspondientes tasas judiciales (Rollnert, G., *op. cit.,* p. 137).

CAPÍTULO 27

A VUELTAS CON LA TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO POR PARTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Francisco Javier Matia Portilla
(Universidad de Valladolid)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Intenciones

Me es muy grato participar en este homenaje colectivo a la profesora Biglino. He tenido la fortuna de ser su primer discípulo y el privilegio de recibir sus orientaciones durante más de treinta y cinco años. Y en todo este tiempo he podido aprender de su ejemplo, intelectual y personal, y confrontar y someter a crítica mis propias ideas. Y como lo que procede en un trance como el presente es mantener el debate con mi maestra, me ha parecido oportuno volver a examinar, veinticinco años después, la principal discrepancia que mantuvimos cuando elaboraba mi tesis doctoral, y de la que se da cuenta en el prólogo de la monografía a la que dio lugar[1]. Me refiero a la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas, que mi maestra defendía y que yo entonces negaba.

Mi pretensión es, pues, reexaminar dicha cuestión para determinar si los argumentos manejados en la tesis me siguen pareciendo convincentes o han perdido vigencia. Para ello presentaré, como punto de partida, la posición del Tribunal Constitucional (2). Dedicaré unas líneas al estado de la cuestión en la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo (3a). Analizaré después, de forma breve, la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio en algunos ordenamientos de nuestro entorno (3b). Con toda esta información, veremos cómo se aplica el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en nuestro país hasta 1985 (4), estando

[1] Biglino Campos, Paloma, «Prólogo». En Matia Portilla, Francisco Javier, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1997, pp. XXI-XXII. Esta monografía se puede consultar en abierto en http://www.javiermatia.com/.

ya en condiciones de realizar unas conclusiones finales a la vista de lo ocurrido a partir de la STC 137/1985 (5).

2. Un punto de partida: la posición del Tribunal Constitucional

El artículo 18.2 CE dispone que «el domicilio es inviolable» y, a renglón seguido, que «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». El Tribunal Constitucional español ha establecido, en diversas resoluciones, que las personas jurídicas gozan de una intensidad de menor protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio «por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, solo predicable de las personas físicas» (SSTC 69/1999/2, de 26 de abril, y 94/2023/4, de 12 de septiembre). En esta misma línea de argumentación se ha indicado que no se ha reconocido a las personas jurídicas «el derecho a la intimidad en los mismos términos y sin matices que a las personas naturales» (ATC 208/2007/3, de 16 de abril). Y, apoyándose en este pronunciamiento, afirma más recientemente que «cabría, al menos en hipótesis, reconocer la protección del derecho a la intimidad a personas jurídicas "por conexión con la intimidad" de personas físicas» (STC 16/2021/9c, de 28 de enero).

Sin embargo, se suele negar, con argumentos sólidos, que las personas jurídicas sean titulares de un derecho a la intimidad[2], puesto que ésta se vincula con dignidad del ser humano. La extensión del derecho recogido en el artículo 18.2 CE a las personas jurídicas se ha justificado en el Derecho extranjero (con expresa mención de Alemania, Italia y Austria) y en que la naturaleza jurídica del derecho fundamental no repugna su aplicación las personas jurídicas, puesto que «la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional» (STC 137/1985/3, de 17 de octubre).

Mientras que el domicilio de las personas físicas coincide con la noción penal de morada, la cuestión es más compleja cuando atañe a personas jurídicas. En efecto, «no existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas establecido por la legislación mercantil, con el del domicilio constitucionalmente protegido, ya que éste es un concepto "de mayor amplitud que el concepto jurídico privado

[2] «Respecto del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE invocado por el recurrente, hemos de señalar que, según SSTC 386/1993, de 23 diciembre, FJ 7, y 137/1985, de 17 octubre, FFJJ 2 y 3, las personas jurídicas pueden ostentar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero no se les ha reconocido así el derecho a la intimidad en los mismos términos y sin matices que a las personas naturales» (ATC 208/2007/3, de 16 de abril).

o jurídico administrativo" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 160/1991, de 16 de julio, FJ 8, y 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5, entre otras)» (STC 54/2015/5, de 16 de marzo). En estos casos, el concepto constitucional de domicilio «sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros» (ídem). Y a tenor de lo ocurrido en el caso que nos ocupa puede concluirse que el domicilio social de una empresa mercantil está amparado por el derecho fundamental, por lo que debe entenderse vulnerado éste cuando los funcionarios que realizan una inspección fiscal autorizada administrativamente no advierten a sus titulares de que pueden oponerse a la misma[3].

3. La jurisprudencia europea y extranjera en la materia

3.1. La posición del TEDH y del TJUE

El artículo 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Resulta indudable que toda persona física es titular del derecho al respeto de su morada. Pero el Tribunal de Estrasburgo ha entendido que este derecho no solamente protege su morada, sino también otros locales como son los profesionales[4].

[3] *Ibidem*, FJ 6. En la STC 69/1999/3, de 26 de abril, se vincula estos locales protegidos por el artículo 18.2 con aquellos en los que radica la dirección de la sociedad o en los que se custodia su documentación. La indeterminación del concepto se muestra en esta misma sentencia, en la que resulta claro que un local que no es domicilio social de la sociedad recurrente y en el que se encuentran equipos destinados a la venta que se pretende evitar mediante el precinto no esté afectado por el derecho fundamental en examen.

[4] La STEDH (Sala) de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania (asunto 13710/88, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088) guarda relación con un despacho de abogados. Se aplica el artículo 8 por diversas razones: (a) la confidencialidad existente entre abogado y cliente (§ 28), (b) evitar un desigualdad de tratamiento que se produciría respecto de personas en los que no sea posible disociar actividades profesionales y no profesionales [Ver SSTEDH Chappel c. Reino Unido, § 63 y Ernst y otros c. Bélgica, § 109] y en relación con el control pleno sobre las intervenciones telefónicas (caso Huvig c. Francia) [posteriormente, STEDH Kopp c. Suiza, 1998] (§ 29) y (c) en algunos Estados, como Alemania, el domicilio constitucional se extiende a los locales profesionales (§ 30).

Asume la doctrina Niemietz, entre otras, las SSTEDH (Sala) de 25 de febrero de 1993, Miailhe c. Francia (asunto 12661/87, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001266187), § 28; (Sección Primera) de 9 de diciembre de 2004, Van Rossem c. Bélgica (asunto 41872/98, ECLI:CE:ECHR:2004:1209JUD004187298), § 36; (Sección Tercera) de 28 de abril de 2005, Buck c. Alemania (asunto 41604/98, ECLI:CE:ECHR:2005:428JUD004160498), § 31. Se alude a los vehículos en la STEDH (Sección Segunda) de 15 de julio de 2003 (asunto 33400/96, ECLI:CE:ECHR:2003:0715JUD003340096), § 110.

Dado que «el Convenio es un instrumento vivo que se interpreta a la luz de las condiciones de vida actuales», «el Tribunal considera que ha llegado el momento de reconocer, en determinadas circunstancias, que los derechos garantizados en virtud del artículo 8 del Convenio pueden interpretarse en el sentido de que incluyen para una Sociedad el derecho a que se respete su domicilio social, su sucursal o sus establecimientos profesionales»[5]. Esta doctrina se ha proyectado sobre media docena de asuntos posteriores[6]. Se ha cuestionado en sede doctrinal que esta protección solamente favorezca a las sociedades con ánimo de lucro y excluya a personas jurídicas que no tienen ánimo de lucro o que, teniéndolo, no constituyen una sociedad[7].

Por otra parte, la intensidad en la protección del derecho es limitada, ya que el Tribunal de Estrasburgo no impone que toda entrada en un domicilio a efectos del artículo 8.1 CEDH se vea precedida de una resolución judicial. En efecto, de acuerdo con su doctrina, los ordenamientos nacionales pueden establecer registros sin orden judicial. Y, en estos casos, «la ausencia de una orden de registro puede verse compensada por un control judicial efectivo, realizado a posteriori». Es de justicia hacer notar que el Tribunal se ha comprometido a «redoblar la vigilancia»[8] en estos casos. Y es oportuno subrayar que la posibilidad de realizar entradas domiciliarias sin resolución judicial previa

[5] STEDH (Sección Segunda) de 16 de abril de 2002, Societé Colas Est et autres c. Francia (asunto 37971/97, ECLI: ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197), § 41, con remisión a la citada STEDH Niemietz.

[6] STEDH (Sección Quinta) de 2 de octubre de 2014, Delta Pekárny A.S. c. República Checa (asunto 97/11, ECLI:CE:ECHR:2014:1002JUD000009711), § 78: «no se discute que la inspección de los locales comerciales de la sociedad demandante constituyó una injerencia en su derecho al respeto de su "domicilio" en el sentido del artículo 8, que abarca también su "correspondencia"». STEDH (Sección Quinta) de 18 de abril de 2013, Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Luxemburgo (asunto 26419/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0418JUD002641910), § 37: «el término "domicilio" debe interpretarse en el sentido de que incluye la sede oficial de una empresa dirigida por una persona física y la sede oficial de una persona jurídica, incluidas las filiales y otros locales comerciales (véase Buck c. Alemania, nº 41604/98, § 31, TEDH 2005-I; véase también Société Colas Est y otros c. Francia, nº 37971/97, § 41, TEDH 2002-III, y Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria, nº 74336/01, § 43), como en el caso de la entidad demandante». STEDH (Sección Segunda) Isildak c. Turquía (asunto 12863/02, ECLI:-CE:ECHR:2008:0930JUD001286302), § 47: «El Tribunal recuerda asimismo que sostuvo que el registro del domicilio de un particular que era también el domicilio social de una sociedad controlada por dicho particular constituía una injerencia en el derecho al respeto del domicilio en el sentido del artículo 8 del Convenio (véase Chappell c. el Reino Unido, sentencia de 30 de marzo de 1989, serie A nº 152-A, pp. 12-13, § 26, y p. 26, § 63). Posteriormente, ha reconocido que, en determinadas circunstancias, puede interpretarse que los derechos garantizados en virtud del artículo 8 del Convenio incluyen el derecho de una sociedad a que se respete su domicilio social, sucursal o establecimiento comercial (Société Colas Est y otros contra Francia, nº 37971/97, §§ 40-41, TEDH 2002-III)». Ver, también, STEDH (Sección Tercera), de 21 de febrero de 2008, Ravon y otros c. Francia (asunto 18497/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0221JUD001849703) y, especialmente, ATEDH (Sección Cuarta) de 11 de octubre de 2005, Kent Pharmaceuticals Limited y otros c. Reino Unido (asunto 9355/03, ECLI:CE:E-CHR:2005:1011DEC000935503).

[7] Gravelais, Isabelle, *La protection juridictionnelle de l'inviolabilité du domicile*, These. Université de Bourgogne, Bourgogne, 2013, https://u-bourgogne.hal.science/tel-01563871, pp. 160 y ss.

[8] STEDH (Sección Quinta) de 2 de octubre de 2014, Delta Pekárny A.S. c. República Checa (asunto 97/11, ECLI:CE:ECHR:2014:1002JUD000009711), § 83.

no está únicamente prevista para los domicilios de personas jurídicas, sino también para moradas de personas físicas[9].

El artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea regula, en lo que aquí nos interesa, el derecho de toda persona al respeto de su domicilio. En las Explicaciones se indica que los derechos garantizados en el presente precepto «corresponden a los que garantiza el artículo 8 CEDH»[10], y que las limitaciones del derecho fundamental de la Unión son las mismas que las toleradas en el marco del referido artículo 8. En la STJUE de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères c. Director General de la Competencia, del consumo y de la represión del fraude (asunto C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603), el Tribunal de Justicia entiende que (a) «la protección del domicilio a que se refiere el artículo 8 del CEDH puede ampliarse, en determinadas circunstancias, a los» locales comerciales de las sociedades (asumiendo la STEDH Colas Est y otros), y que (b) «el derecho de injerencia autorizado por el artículo 8, apartado 2, del CEDH "podría muy bien ir más lejos en el caso de los locales o actividades profesionales o comerciales que en otros casos» (sentencia Niemietz/Alemania, antes citada, apartado 31)"» (párrafo 29). De esta forma, la jurisprudencia actual del Tribunal de

[9] En la STEDH (Sección Primera) de 8 de junio de 2023, Mzowiecki c. Polonia, (asunto 34734/13, ECLI:CE:ECHR:2023:0608JUD003473413), se declara vulnerado el derecho al respeto en el domicilio porque el control judicial realizado a posteriori sobre una entrada en la morada del recurrente no acredita la diligencia de la medida acordada por policía. Nos interesa recordar la fundamentación recogida en § 17: «El Tribunal recuerda que ya ha tenido ocasión de declarar que si bien la ausencia de un mandato de registro o secuestro puede ser compensada por un control judicial a posteriori de la legalidad y de la necesidad de tales medidas de instrucción (Heino, citada, § 45), el control en cuestión debe ser efectivo (Smirnov c. Rusia, 71362/01, § 45 in fine, 7 de junio de 2007 y Gutsanovi, citada, § 222). Deriva de su jurisprudencia a este respecto que la redacción de una decisión judicial tras el control así ejercido, aunque sea necesaria (ver, en sentido contrario, Gutsanovi, citada, § 223) no es suficiente, y que la misma debe reflejar también un examen efectivo de la urgencia del asunto y presentar los argumentos a tal efecto (Govedarski, citada, § 85, y Stoyanov, citada, § 13)». STEDH (Sección Primera) modestou c. Grecia (asunto 51693/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0316JUD005169313), sobre registro en diversos domicilios y despachos. Señala el Tribunal que, «a la ausencia de un control judicial previo, a la imprecisión de la orden y a la ausencia física del recurrente se une la ausencia de un control judicial inmediato a posteriori» (§ 52), concluyendo que la incidencia en el derecho del artículo 8 CEDH es desproporcionada (§ 53). Otro grupo de resoluciones guardan relación con Bulgaria [SSTEDH (Sección Quinta) de 21 de marzo de 2016, Stoyanov y otros (asunto 55388/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0331JUD005538810) —registro en morada, en la que las resoluciones judiciales posteriores no justificaron debidamente la urgencia del registro, §§ 128 ss.—, (Sección Cuarta) de 16 de febrero de 2016, Govedarski (asunto 34957/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0216JUD003495712) —similar a la anterior, §§ 83 ss.—; de 10 de noviembre de 2015, Slavov y otros (asunto 58500/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1110JUD005850010) y de 15 de octubre de 2013, Gutsanovi (asunto 34529/10, ECLI:CE:ECHR:2013:1015JUD003452910) —la entrada en la morada se ratifica con una mera aprobación judicial, sin ejercer un control efectivo sobre la misma, §§ 146 ss. y 222 ss.—. Ver también, la STEDH (Sección Segunda) de 8 de diciembre de 2020, Bostan c. Moldavia (asunto 52507/09, ECLI:CE:ECHR:2020:1208JUD005250709), §§ 27 ss.

[10] Construcción recordada en la STG (Sala Novena ampliada) de 5 de octubre de 2020, Casino, Guichard-Perrachon y Achats Marchandises Casino SAS (AMC) c. Comisión Europea (asunto T-249-17, ECLI:EU:T:2020:458), párrafo 122.

Luxemburgo sobre la titularidad del derecho fundamental en examen se acerca a la del Tribunal de Estrasburgo[11].

Lo mismo ha ocurrido con el régimen del derecho fundamental. A juicio del Tribunal de Luxemburgo, no resulta siempre exigible que una entrada domiciliaria se vea precedida de una resolución judicial. En efecto, «a este respecto, resulta de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a los artículos 6, apartado 1, u 8 del CEDH que, en materia de entradas y registros domiciliarios, el hecho de que no se haya expedido previamente una autorización de inspección por un juez, que pudiera haber delimitado o controlado el desarrollo de tal inspección, puede compensarse mediante un control judicial a posteriori de la legalidad y la necesidad de tal medida de instrucción, siempre que este control sea eficaz en las circunstancias concretas del asunto controvertido. Esto implica que las personas concernidas puedan obtener un control jurisdiccional efectivo, de hecho y de Derecho, de la medida controvertida y de su desarrollo. Cuando ya ha tenido lugar la operación considerada irregular, el recurso o recursos disponibles deben permitir que pueda facilitarse al interesado una solución apropiada»[12].

[11] Es sabido que en sus primeras resoluciones sobre la inviolabilidad del domicilio había afirmado que éste actúa como principio general en lo que atañe al domicilio privado de personas físicas, pero no a las empresas, dadas las relevantes divergencias existentes en los ordenamientos de los Estados miembros sobre la naturaleza y el grado de protección de los locales comerciales frente a las intervenciones públicas [STJUE de 21 de septiembre de 1989, Hoechst AG c. Comisión (asuntos 46/87 y 227/88), párrafo 17]. El Tribunal considera que el artículo 8 CEDH tampoco es aplicable a los locales comerciales, y no existe [en ese momento] ninguna jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que permita pensar lo contrario. (ibídem, párrafo 18). En el mismo sentido, SSTJUE de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical Ibérica SA y otros c. Comisión (asuntos 97/87, 98/87 y 99/87, ECLI:EU-:C:1989:380) y Dow Benelux NV (asunto 85/87, ECLI:EU:C:1989:379), párrafos 14-15 en ambos casos. Aunque algunos autores (ver Gravelais, Isabelle, *La protection*..., cit., pp. 178-179) señalan que esta jurisprudencia contradice la citada STEDH Chappell c. Reino Unido, lo cierto es que los supuestos no son exactamente idénticos. Mientras que el Tribunal de Luxemburgo alude al domicilio de personas jurídicas, el de Estrasburgo alude a la protección de locales de personas físicas distintos de su morada (como hace notar la misma autora, pp. 180-185). Se equivoca doblemente la Sala Tercera ampliada del Tribunal de Primera Instancia cuando afirma que «el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la aplicabilidad del artículo 8 del CEDH a las personas jurídicas haya evolucionado desde que se dictaron las sentencias Hoechst/Comisión, Dow Benelux/Comisión y Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, antes citadas, carece de incidencia directa sobre el fundamento de las soluciones contenidas en tales sentencias» [STPI de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij NV y otras c. Comisión (asuntos T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, ECLI:EU:T:1999:80), párrafo 420]. De un lado porque la STEDH no habla de personas jurídicas sino de una ampliación del domicilio de las personas físicas. Y de otro, porque no puede desvincularse de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que vincula a todos los Estados miembros. La citada STJUE Roquette superará esta discrepancia jurisprudencial.

[12] SSTUE (Sala Primera) de 9 de marzo de 2023, Intermarché Casino Achats/Comisión (asunto C-693/20 P, ECLI:EU:C:2023:172) y Casino, Guichard-Perrachon y Achats Marchandises Casino/Comisión (asunto C-693/20 P, ECLI:EU:C:2023:171), párrafos 46 y 38, respectivamente. Con apoyo en la STEDH de 2 de octubre de 2014, Delta Pekárny a.s. c. República Checa, (asunto 97/11, ECLI:CE:ECHR:2014:1002JUD000009711), §§ 86 y 87, y la jurisprudencia allí citada.

3.2. Las experiencias extranjeras

Como se recordará, el Tribunal Constitucional español cita las experiencias alemana, italiana y austriaca. Examinaremos brevemente cada una de ellas.

En Alemania resulta indudable que las personas jurídicas están amparadas por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Dicha ampliación ha venido de la mano de la extensión del domicilio constitucional a locales diferentes de la morada penal. Razona el Tribunal Constitucional que, «incluso en épocas en las que la protección de los derechos fundamentales estaba mucho menos desarrollada en principio, se consideraba que los locales comerciales y empresariales formaban parte de la esfera de libertad individual del ciudadano como algo natural y, por tanto, estaban sujetos a las disposiciones constitucionales y legales especiales sobre la protección de la paz interior, BVerfGE 32, 54 (70); BVerfGE 32, 54 (71), sería difícil de entender e iría en contra de la actitud fundamental del legislador constitucional de 1949 excluir ahora de forma general estos locales de la protección de este derecho fundamental»[13]. «Además, encaja bien con los principios que el Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado para la interpretación del derecho fundamental a la libertad profesional»[14]. Y concluye que «solamente con esta interpretación puede otorgarse a las personas jurídicas y a las asociaciones de personas la protección de este derecho fundamental, de la que, según la opinión general, han disfrutado hasta ahora»[15].

Algo parecido ocurre en Italia. Es un lugar común entender que el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 14 CI) ofrece una protección instrumental de la libertad personal (art. 13 CE[16]), como ya ocurriera en el Estatuto Albertino (arts. 26-27), y que puede ser invocada por cualquier persona física o jurídica[17] y por los entes colectivos, estén o no dotados de personalidad jurídica[18]. Y es que protege «de injerencias exteriores determinados lugares en los que se desarrolla la vida privada de cada individuo»[19]. Esto explica que hasta un teatro se pueda ver afectado por el artículo 14 CI, dado que «debe mantenerse siempre firme el principio, ya establecido por este Tribunal en las sentencias núm. 10 de 1971 y núm. 56 de 1973, de que el artículo 14 de la Cons-

[13] BVerfGE 32, 54 (72), de 13 de octubre de 1971 (1 BvR 280/66, Sala Primera, https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv032054.html), párrafo 54.

[14] *Ibidem*.

[15] *Ibidem*. En la posterior BVerfGE 42, 212 (219), de 26 de mayo de 1976 (2 BvR 294/76, Sala Segunda), párrafo 28, añadirá que las sociedades comanditarias, «—al igual que las personas físicas— pueden ser legítimamente propietarias de viviendas», con apoyo del difundido comentario a la Constitución Maunz-Dürig.

[16] Ver la STCI 135/2002, de 11 de abril (ECLI:IT:COST:2002:135), 2.1.

[17] Ver, por todos, Pace, Alessandro, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padúa, 1985, p. 2019, y Barile, Paolo, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, p. 155.

[18] Faso, Ignazio, *La libertà di domicilio*, Giuffrè, Milán, 1967, pp. 73-74.

[19] ATC 251/2004, de 8 de julio de 2004 (ECLI:IT:COST:2004:251).

titución no puede sino permitir excepciones para proteger intereses generales, como el interés por la seguridad pública»[20].

Finalmente, en Austria la inviolabilidad del domicilio se protege en una Ley de 27 de octubre de 1862 (R.G.Bl. 88/1862, https://www.verfassungen.at/at-18/gesetz62-2.htm), de protección de la autoridad domiciliaria, a la que se remite, posteriormente, el artículo 9 de la Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867 (R.G.Bl. 142/1867, https://www.verfassungen.at/at-18/stgg67-2.htm), sobre los derechos generales de los ciudadanos para los reinos y países representados en el Reichsrat. El texto decimonónico se limita a regular los registros domiciliarios. Y el Tribunal Constitucional hace una interpretación literal, afirmando que «La inviolabilidad de los derechos domiciliarios en el sentido del derecho fundamental del artículo 9 StGG a que se refiere el demandante (sólo) debe entenderse como protección contra registros domiciliarios arbitrarios»[21]. Sin embargo, el derecho recogido en el artículo 8 CEDH va más allá (véase VfSlg. 8461/1978), y el Tribunal considera que la entrada en el domicilio para entrar en contacto con un sospechoso lesiona el «derecho constitucionalmente garantizado en virtud del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos» (3.c). El Tribunal Constitucional ha señalado que «el titular de un establecimiento de alojamiento (comercial) también está incluido en el ámbito de protección del derecho al respeto del domicilio garantizado constitucionalmente en virtud del artículo 8 del CEDH»[22]. Y también se protegen los locales comerciales de sociedades[23]. En definitiva, el concepto manejado de domicilio es muy amplio, incluyendo «locales de empresas y negocios, habitaciones de hotel, consultas médicas, despachos de abogados y fideicomisarios, cabañas de madera y huertos alquilados, etc., así como lugares no protegidos por el Derecho interno, como obras en construcción, jardines delanteros, parques y jardines»[24].

---

[20] STC 106/1975, de 24 de abril (ECLI:IT:COST:1975:106), 3 (Massima n. 7793).

[21] Erkenntnis TCA 11266, de 4 de marzo de 1987 (asunto B877/86, ECLI:AT:VFGH:1987:B877.1986, https://www.ris.bka.gv.at/VfghEntscheidung.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_10129696_86B00877_00&IncludeSelf=True).

[22] Sentencia de 17 de junio de 1997 (asunto B3123/96, ECLI:AT:VFGH:1997:B3123.1996, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Entscheidungsart=Undefined&Sammlungsnummer=&Index=&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=False&GZ=&VonDatum=&BisDatum=18.03.2024&Norm=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ImRisSeitForRemotion=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=B3123%2f96&Position=1&SkipToDocumentPage=true&ResultFunctionToken=b9b92f18-021b-4745-81af-9b8f1a43eb64&Dokumentnummer=JFR_10029383_96B03123_01).

[23] Sentencia de 1 de diciembre de 2012 (asunto B619/12 ua, ECLI:AT:VFGH:2012:B619.2012, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Entscheidungsart=Undefined&Sammlungsnummer=&Index=&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=False&GZ=&VonDatum=&BisDatum=18.03.2024&Norm=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ImRisSeitForRemotion=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=hausrecht+Unternehmen&Position=1&SkipToDocumentPage=true&ResultFunctionToken=0cddb1f7-a27a-4319-ab36-ea209b1d45d9&Dokumentnummer=JFR_09878799_12B00619_01).

[24] Stieger, Martin G, «Die Haus- und Personendurchsuchung in Österreich», disponible en https://stieger.info/der-fahnder-kommt-die-haus-und-personendurchsuchung-in-osterreich/, nota 27.

4. La inviolabilidad del domicilio en el Derecho español entre 1978 y 1985

Una vez analizada la concepción de la inviolabilidad del domicilio contemplada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como la consagrada en los ordenamientos constitucionales alemán, italiano y austriaco debemos profundizar en la regulación y jurisprudencia españolas.

Nos centraremos, en este momento, en el análisis de las normas relevantes del Derecho español hasta 1985, año en el que se dicta la difundida STC 137/1985, para ver cuál era la concepción dominante del derecho fundamental en ese momento.

Como ya es sabido, el artículo 18.2 de la Constitución española recoge un régimen muy restrictivo de la inviolabilidad del domicilio, permitiendo únicamente la limitación del derecho fundamental derivada de una resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. No se recoge referencia alguna a que la Ley pueda restringir, por sí misma, el derecho fundamental.

¿Cómo se ha interpretado el alcance del artículo 18.2 CE en la jurisprudencia y doctrina inicial? De la escasa jurisprudencia constitucional conviene subrayar los siguientes elementos. En la STC 22/1984/2, de 17 de febrero, el Tribunal parte de la premisa de que la recurrente «tenía en el local de autos su domicilio», era su morada, y es que «la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona». Más adelante se afirmará que «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima» (FJ 5).

Si hacemos una búsqueda de «inviolabilidad del domicilio» en la jurisprudencia de los años 1979-1985 en la base de datos de Aranzadi encontraremos diversos resultados. La mayor parte de resoluciones halladas se refieren a asuntos relacionados con el delito de allanamiento de morada[25]. Otras guardan relación con el delito de robo en casa habitada[26] y una lo hace con la agravante de cometer el delito en la morada del ofendido[27]. Especial interés presente el ATS de 17 de diciembre de 1981, porque en él se señala que el precinto de tiendas de aeropuerto no guarda relación con el derecho fundamental en

[25] SSTS (Sala de lo Criminal) de 8 de marzo de 1979 (RJ 1979\108); de 28 de octubre de 1980 (RJ 1980\3889); de 18 de noviembre de 1981 (RJ 1981\4340); de 9 de junio de 1982 (RJ 1982\3511); de 11 de octubre de 1982 (RJ 1982\5625); de 10 de noviembre de 1982 (RJ 1982\7092); de 5 de mayo de 1983 (RJ 1983\2644); de 24 de febrero de 1984 (RJ 1984\1169); y de 25 de marzo de 1985 (RJ 1985\2031).

[26] STS (Sala de lo Criminal) de 2 de julio de 1979 (RJ 1979\2982); de 12 de marzo de 1982 (RJ 1982\1607); de 22 de octubre de 1984 (RJ 1984\5021); de 29 de abril de 1985 (RJ 1985\2145). Ver también la STS (Sala de lo Criminal) de 15 de julio de 1982 (RJ 1982\4670).

[27] STS (Sala de lo Criminal) de 25 de enero de 1985 (RJ 1985\353).

examen. En efecto, «habrá de estimarse como domicilio de las personas naturales el lugar de su residencia habitual, lo que equivale o es sinónimo de morada o vivienda fija y permanente; sin que, en consecuencia, pueda haberse atentado contra este derecho mediante actuaciones en locales comerciales separados de la residencia habitual»[28].

Y si añade a la búsqueda del término «inviolabilidad del domicilio el de personas jurídicas», no aparece ninguna referencia previa a las SSTC 111/1983, 2 de diciembre y 137/1985, de 17 de octubre.

Por otra parte, la doctrina mayoritaria identifica en esos años iniciales de nuestra democracia el domicilio constitucional, de manera expresa[29] o implícita[30], con la morada penal. Y, en relación con los titulares resulta también habitual que se vincule este derecho fundamental con las personas físicas[31]. También suele afirmarse que la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad[32]. Y estas construcciones doctrinales se mantienen incluso después de la aprobación de la STC 137/1985[33]. Todas ellas esconden una lógica fácil de explicar: dado que la inviolabilidad se vincula con la dignidad humana y ofrece una protección instrumental de la intimidad, de la que carecen las personas jurídicas[34], resulta

[28] ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 1981 (RJ 1981\4808), Considerando 6. Menor interés presenta la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7911), en la que se hace una lectura inadecuada del artículo 18.2, haciéndolo compatible con la realización de entradas administrativas que no precisarían de respaldo judicial. Ver, también, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de febrero de 1984 (RJ 1984\786), sobre un desahucio administrativo de vivienda en cumplimiento de sentencia judicial.

[29] Ricardo García Macho señala que el derecho fundamental se predica de la persona física, individual o humana, y de los individuos [«La inviolabilidad de domicilio», *Revista Española de Derecho Administrativo,* 32, 1982, p. 857]. Alfonso de Alfonso Bozzo señala que estamos ante un derecho que protege a los individuos (en «Sobre la inviolabilidad del domicilio», *Revista Jurídica de Catalunya,* 1985\2, pp. 169 y 173). Y José María Serrano entiende que estamos en presencia de un derecho de la persona individual (en «Comentario al artículo 18.2 de la Constitución». En Garrido Falla, Fernando (dir), *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 353.

[30] Lorenzo Plaza Arrimadas alude a los moradores en «La inviolabilidad del domicilio» [*Revista de Estudios de la Vida Local,* 216, 1982, p. 689] y afirma, en el mismo lugar, que, para el estudio «del concepto de domicilio o morada, nos remitimos a la doctrina anterior a la Constitución, que es plenamente aplicable».

[31] Lorca Martínez, José, «Una aproximación al artículo 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana», *La Ley*, año XIII, núm. 3075 (25 de agosto de 1992), apartado 1.

[32] Serrano, José María, «Comentario...», *cit.*, p. 353. Especialmente interesante es el trabajo de Pilar de la Haza en el que se defiende que la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas protege su derecho a la intimidad, concibiendo este último como el «derecho a mantener íntimos o privados ciertos aspectos de su vida teniendo en cuenta que, dada la especial naturaleza de las personas jurídicas, tal intimidad o privacidad consiste en la concesión de un lugar en el que ejercer con libertad su actividad social sin injerencias y sin conocimiento por parte de terceras personas ajenas a la titular del derecho y siempre que estas actividades conduzcan o, al menos, no sean incompatibles con los fines del ente colectivo» (En «Observaciones a una Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas», Diario *La Ley*, 1988\3, apartado 6 in fine). José Lorca Martínez sostiene, en sentido contrario, que el derecho a la intimidad presenta «muy difícil encaje en el ámbito de protección de la persona jurídica» (en «Una aproximación...», *cit.*, apartado 3).

[33] STC (Sala Segunda) 137/1985, de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:1985:137).

[34] Y es que el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, «por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo»

lógico que se afirme que el derecho fundamental solamente puede ser invocado por las personas físicas.

Sabemos, sin embargo, que esta tesis ha sido expresamente desvirtuada en la STC 137/1985. También conocemos ahora con algo más de profundidad los argumentos en los que se apoya el Tribunal Constitucional. Queda por determinar, en el último epígrafe del presente estudio, si hay razones sólidas para compartir la extensión del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas que se consagra en esa resolución.

5. ¿Es acertado considerar a las personas jurídicas titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio?

Antes de dar respuesta al interrogante planteado, resulta preciso realizar una consideración previa, porque el amable lector que lea estas páginas podría pensar, con cierta razón, que siempre debería imponerse cualquier interpretación jurídica que amplíe un derecho fundamental o haga éste invocable por un mayor número de sujetos. Se trataría de defender un argumento *pro libertate* en relación con los derechos fundamentales.

El problema es que tal interpretación presenta, a nuestro modesto entender, un límite y es que no desvirtúe la naturaleza del derecho fundamental en examen. Y esto es, precisamente, lo que ocurre en el caso que nos ocupa.

Seguimos persuadidos (acaso también equivocados) de que el constituyente español optó por dotar de la máxima protección a las entradas que se realizaran en las moradas (penales) de las personas (físicas) para proteger así su intimidad, estrechamente vinculada con su dignidad humana. A nuestro juicio existen poderosos argumentos jurídicos que avalan este enfoque: en primer lugar, la conexión —evidente— entre inviolabilidad como derecho e intimidad personal como bien jurídico protegido. En segundo lugar, como la inviolabilidad del domicilio recae sobre la morada penal se explica que no se prevean en el artículo 18.2 entradas que no se apoyen en una resolución

(ATC 257/1985/2, de 17 de abril; ECLI:ES:TC:1985:257A). Se reitera esta doctrina en el ATC 561/1989/2, de 27 de noviembre; ECLI:ES:TC:1989:561A., que se confirma pese al (contradictorio -aunque se niegue este hecho en la STC 137/1985/2, de 17 de octubre; ECLI:ES:TC:1985:137, y luego se afirme que en este caso no se lesionado la intimidad, en el FJ 5-) reconocimiento a las mismas del derecho a la inviolabilidad del domicilio (ATC 208/2007/3, de 16 de abril; ECLI:ES:TC:2007:208A). La jurisprudencia posterior subraya que dado que no existen en el domicilio de las personas jurídicas una vinculación con su intimidad, resulta preciso (a) acotar el alcance del domicilio a los espacios físicos que se consideran indispensables para el ejercicio de su actividad y (b) decretar que las personas jurídicas gozan de una intensidad menor de protección del derecho fundamental (STC 69/1999/2, de 26 de abril; ECLI:ES:TC:1999:69, tesis reiterada, con más claridad, en otros pronunciamientos posteriores). En la muy desafortunada STC 16/2021/9c, de 28 de enero (ECLI:ES:TC:2021:16) se concluye que no puede negarse, de modo absoluto, que «que el registro de viviendas vacías de la disposición adicional vigesimocuarta de la Ley del derecho a la vivienda, modificado por el precepto impugnado, pueda afectar al derecho a la intimidad constitucionalmente protegido» de personas jurídicas, con endeble apoyo en el ATC 208/2007/3, de 16 de abril y la STC 25/2019/2a, de 25 de febrero.

judicial, salvo en caso de delito flagrante[35]. Resulta muy sorprendente, en este sentido, que en nuestra Constitución no se incluya una frase sobre la pertinencia de las entradas administrativas, como ocurre con las Constitucionales alemana e italiana, y muchas otras, y que aluden a las entradas vinculadas con inspecciones sanitarias, laborales, fiscales, etc. No es que estemos ante una carencia, sino ante una construcción de la inviolabilidad del domicilio que, siendo mucho más estricta en lo que atañe a las personas y locales afectados, ofrece una protección más intensa[36].

En todo caso, la atribución del derecho fundamental a las personas jurídicas ha generado una gran dosis de imprecisión sobre los locales afectados: para Pilar de la Haza son los vinculados con una cierta vida privada social o con la privacidad; para Tomás Quintana, aquellos que reflejan la actividad de la persona jurídica y Ramón Casas Vallés opta por considerar protegido su domicilio civil (art. 41 CC)[37].

En todo caso, el nuevo Código Penal de 1995[38] incorporó a nuestro ordenamiento el artículo 203.1, en el que sanciona la entrada en domicilios de personas jurídico-públicas y privadas, los despachos profesionales[39] u oficinas, los establecimientos mercantiles y, en fin, los locales abiertos al público fuera de los horarios de apertura[40]. Sin embargo, la protección ofrecida por este delito en relación con el de allanamiento de morada es diferente: mientras que cualquier entrada no consentida en una morada penal implica la comisión del delito previsto en el artículo 202.1 CP, que puede imponerse en concurso con otro de robo en casa habitada, no ocurre lo mismo en delito de en-

[35] Es de justicia recordar que en la misma tesis doctoral se defiende que sí caben otros supuestos fácticos que permiten restringir, lícitamente, el derecho fundamental, cuando hay otros derechos fundamentales que merecen mayor protección (como es salvar la vida de los moradores, o del tercero que se introduce en una morada ajena). Ver, con más detalle, Matia Portilla, Francisco Javier, *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1997, pp. 379 y ss.

[36] Giuliano Amato explica que la mayor extensión del derecho (que incorpore locales profesionales, comerciales e industrias) hace preciso prever un mayor número de posibles intervenciones y limitaciones en el derecho fundamental (en «Articolo 14». En AA.VV., *Commentario della Costituzione a cura de Giuseppe Branca, Rapporti civil, artículo 13-20*, Nicola Zanichelli editore-Il Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1977, p. 57.

[37] En «Observaciones...», *cit.*, p. 151; «Un paso más hacia la delimitación de la inviolabilidad de domicilio en nuestro Derecho», R*evista de Estudios de Administración Local y Autonómica,* 229, 1986, p. 151; e «inviolabilidad domiciliaria y derecho a la intimidad», *Revista Jurídica de Catalunya,* 1987\1, p. 193, respectivamente.

[38] La posterior Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incorpora la comisión del delito por negarse a abandonar dichos espacios, aunque con penas inferiores, en el segundo apartado del artículo 203.

[39] En la STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) 89/2022/4.2, de 2 de febrero (RJ 2022\800) se afirma que el bien jurídico protegido es la intimidad de las personas y se concluye que la entrada del condenado a despachos privados de un bufete de abogados está sancionada por el artículo 203.1 CP.

[40] La posición defendida en la tesis doctoral es que defender que el domicilio constitucionalmente protegido equivale a la morada penal no debe «suponer que las entradas ilegítimas producidas —por funcionarios o por particulares— en locales que no constituyan morada no deban ser sancionadas, sino sólo que no constituyen vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE; es decir, que si se invoca la vulneración de derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no se parte de la presunción —contenida en el artículo 18.2 CE— de que la simple entrada vulnera el bien jurídico intimidad, sino que deberá demostrarse la existencia de una lesión material de la misma. De otro lado, supone, también, como ya se ha indicado, que tal derecho fundamental es más resistente frente a las intervenciones y limitaciones que pueden condicionarlo» (en *El derecho...*, cit., p. 227).

trada en el domicilio previsto en el artículo 203.1 CP. En estos casos, el delito de robo en el domicilio de una persona jurídica absorbe la del tipo penal previsto en el citado artículo 203.1, salvo que «se lesione o ponga en peligro la privacidad profesional, mercantil o de otra parecida índole que en dichos locales se encuentre reservada», sin que pueda establecerse un concurso medial entre ellos[41].

Acaso esto sea consecuencia de la jurisprudencia constitucional en la que se afirma que el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas es un derecho debilitado, aunque tal hipótesis no se pueda deducir del tenor literal empleado en el artículo 18.2 CE[42] y provenga del Derecho italiano[43] y alemán[44].

Y esto nos lleva nuevamente al Derecho europeo y extranjero en la materia, analizado en líneas anteriores. Hemos visto que un análisis detenido del mismo arroja una realidad compleja, que no puede ser simplificada con que el derecho fundamental protege todo domicilio en el que la persona, física o jurídica, pueda excluir el acceso de terceros y ejercer actividades no supervisadas. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha reconocido el derecho fundamental a las personas jurídicas, y no a las personas físicas en espacios diferentes a la morada. Esto supone que una empresa mer-

[41] STS (Sala de lo Penal) 1048/2000/2, de 14 de junio (RJ 2000\4738). Ver también las SSTS (Sala de lo Penal) 1453/2000, de 20 de septiembre (RJ 2000\8004); 776/2000, de 4 de mayo (RJ 2000\3267); 400/2000, de 14 marzo (RJ 2000\1714); 375/2000, de 11 marzo (RJ 2000\1124); 244/2000, de 15 febrero (RJ 2000\1136); 95/2000 de 4 febrero (RJ 2000\344); 119/2000, de 28 enero (RJ 2000\175); y otras anteriores. Presenta especial interés la STS (Sala de lo Penal) 1276/1998/2, de 27 octubre (RJ 1998\8723).

[42] Ver STC 94/2023/2, de 12 de septiembre (ECLI:ES:TC:2023:94), por todas.

[43] El Tribunal Constitucional italiano la construye no en relación con la distinta titularidad de domicilios constitucionales por partes de personas físicas y jurídicas, sino para separar la protección constitucional de la libertad personal y de la inviolabilidad del domicilio. El alto Tribunal recuerda que «existe una diferencia entre la inviolabilidad de la libertad personal, protegida por el artículo 13 de la Constitución, y la inviolabilidad del domicilio, protegida por el artículo 14 de la Constitución. Los registros personales y las inspecciones personales (al igual que la detención y cualquier otra forma de restricción de la libertad personal) no están permitidos «salvo por acto motivado de la autoridad judicial y sólo en los casos y formas previstos por la ley» (art. 13, segundo párrafo) y las medidas provisionales restrictivas de la libertad personal por parte de las autoridades de seguridad pública están sujetas a las condiciones perentorias y extremadamente estrictas de excepcionalidad, necesidad y urgencia (art. 13, tercer párrafo), mientras que, por otra parte, las medidas provisionales restrictivas de la libertad personal por parte de las autoridades de seguridad pública están sujetas a las condiciones de excepcionalidad, necesidad y urgencia (art. 13, tercer párrafo). 13, párrafo tercero), mientras que, para la inviolabilidad del domicilio, la equivalencia con la inviolabilidad de la libertad personal y la extensión de las mismas garantías prescritas para la protección de esta última (art. 14, párrafo segundo) están sujetas a una excepción expresa, con fines económicos y fiscales, así como por razones de salud y seguridad públicas (art. 14, párrafo tercero)» Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1953, citada por citada por Ignazio Faso (en *La libertà*..., cit., p. 33, nota 64) y por Paolo G. Nacci (en «Libertà di domicilio». En AA.VV., *Problemi attuali di Diritto Pubblico*, Cucci editore, Bari, 1990, p. 41, nota 6). Ver también las Sentencias del Tribunal de Casación penal de 23 de junio de 1954 y de 14 de enero de 1963, citadas por Giuliano Amato (en *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 301).

[44] Maunz, Theodor, «Artikel 13». En Maunz, Theodor, y Dürig, Günter (dirs.), *Grundgesetz Kommentar*, Band 11. Verlag C.H. BECK, Munich, 1986, pp. 13-8 y 13-16, asumida posteriormente por la jurisprudencia y retomada por Pappermann, Ernst, como recuerda Alejandro Nieto [en «Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria», *Revista de Administración Pública,* 112, 1987, p. 32].

cantil es titular del derecho reconocido en el artículo 8.1 CEDH, pero no lo es el individuo que posee un local comercial o profesional. Se da además la paradoja de que se ampara al propietario o responsable del local, y no a la persona física que trabaja en él. El reconocimiento de un derecho a la empresa perjudica negativamente la posición del trabajador en la misma[45].

Tampoco resulta convincente la asimilación del ordenamiento constitucional español a las experiencias extranjeras que se han descrito en líneas anteriores. En lo que atañe a Alemania, conviene recordar que el Tribunal Constitucional alude a la «esfera personal de la vida protegida constitucionalmente» como bien jurídico protegido por el derecho a la inviolabilidad del domicilio[46]. Además, la visión amplia del domicilio no nace con la vigente Constitución, sino que se encuentra también reflejada en la Constitución de Weimar, ya que «comprende la vivienda, los espacios dedicados al trabajo y, en general, cualquier posesión pacífica»[47], pese al estricto tenor del artículo 115[48]. Es decir, que estamos antes dos factores inexistentes en nuestro país: el derecho protege la vida privada, noción más amplia que la intimidad; y se protegen todos los domicilios en las que la misma se puede proyectar. Confirma este dato el revelador tenor del artículo 123 del código penal: «será castigado con una pena privativa de libertad no superior a un año o con una pena pecuniaria el que entrare ilegalmente en el domicilio, *local comercial o propiedad asegurada o en locales cerrados destinados al servicio público o al tráfico de otra persona*, o el que, permaneciendo en ellos sin autorización, no los abandonare al ser requerido para ello por la persona autorizada».

El ordenamiento italiano también presenta perfiles diferentes al español. Conviene recordar, de entrada, que el artículo 14 CI alude a «comprobaciones e inspecciones por motivos de sanidad y de salubridad públicas o con fines económicos y fiscales» que no aparecen en el artículo 18.2 CE, y que parece estar en el ámbito de las inspecciones administrativas sobre empresas y negocios. No es de extrañar: esta concepción del derecho fundamental se refleja asimismo en la protección penal de allanamiento de morada, de manera que «también una persona jurídico-privada, como una Sociedad industrial, puede ser sujeto pasivo del delito»[49]. Esta Sentencia, de 1953, explica como la concepción cultural del derecho a la inviolabilidad del derecho es expansiva en dicho ordenamiento.

---

[45] Ocurre algo parecido cuando se reconoce al titular de una farmacia su derecho a negarse a dispensar la pastilla del día después. ¿No debiera ser ésta una facultad de los dependientes que en ella trabajan?

[46] BVerfGE 103, 142 - Wohnungsdurchsuchung, Urteil (Sala Segunda) de 20 de febrero de 2001) (2 BvR 1444/00), párrafo 27. Tesis reiterada en otras muchas resoluciones del Tribunal Constitucional Federal alemán.

[47] Según se recoge en el difundido comentario de Gerhard Anschütz, resumido por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez en «Tres artículos de la Constitución de Weimar», *Revista de Historia Constitucional,* 20, 2019, p. 343.

[48] El domicilio de todo alemán constituye, para él, un lugar de asilo inviolable. Sólo por Ley podrán establecerse excepciones.

[49] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1953, citada por Ignazio Faso (en *La libertà*..., cit., p. 33, nota 64).

Finalmente, el modelo austriaco de inviolabilidad del domicilio es asimilable al español. Subsisten en este ordenamiento una doble protección. Una, muy intensa, vinculada con el derecho a no realizar registros domiciliarios sin orden judicial, y que se encuentra recogida en el Derecho austriaco. Otra, mucho más extensa y débil, conectada con la aplicación directa del artículo 8 CEDH. Aunque esta regulación protege, además de las moradas, los locales comerciales vinculados tanto con las personas físicas como la jurídicas, lo hace con una intensidad reducida, puesto que la Ley puede autorizar, por sí misma, la realización de entradas. Un buen ejemplo de esta afirmación lo encontramos en la Sentencia de 17 de junio de 1997[50], en la que se recuerda que aunque la propietaria de una pensión está protegida por el derecho al respeto del domicilio del articulo 8 CEDH, es legítima la entrada realizada al amparo del artículo 50.2 de la Ley de Extranjería.

En definitiva, nuestro Tribunal Constitucional ha optado por una delimitación muy amplia del domicilio constitucional, que integra, además de la morada penal, el (borroso) domicilio de las personas jurídicas (como hace el Tribunal de Estrasburgo) y cualquier otro local cerrado (ya sea de uso comercial, profesional o privativo). Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre cuando se aplica por los Tribunales constitucionales alemán, italiano y austriaco, y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, nuestra Constitución impone que las entradas domiciliarias se apoyen, por lo general, en una resolución judicial. Y esto resulta también válido, claro está, para el domicilio de las personas jurídicas si se entiende que estas son titulares del derecho fundamental, como ha hecho el Tribunal Constitucional.

La aplicación de esta doctrina a inspecciones de distinta índole (tributarias[51], laborales[52], sanitarias) relacionadas con domicilios de personas jurídicas, produce un cierto desconcierto, dado que éstas «son las personas jurídicas privadas más deshumanizadas que existen», provocando «una completa desnaturalización de ese derecho fundamental» a la inviolabilidad del domicilio[53]. Compartiendo este parecer, debemos volver a centrar nuestra mirada en el discutible aserto recogido en la STC 137/1985/3 en el que se

[50] Asunto B3123/96, ECLI:AT:VFGH:1997:B3123.1996. El legislador de un Estado federado (Land de Salzburgo) puede asumir «que los registros domiciliarios son fundamentalmente necesarios para la aplicación eficaz de las prohibiciones esenciales en interés de la protección de los menores» con el fin de conjurar determinados peligros [STCA de 16 de diciembre de 1978 (asunto G3/78, ECLI:AT:VFGH:1978:G3.1978)

[51] SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) 1086/2022, de 21 de julio (RJ 2022\4348); 1231/2020, de 1 de octubre (RJ 2020\3623) y, especialmente, STS 1343/2019, de 10 de octubre (RJ 2019\4429/4). Ver, sobre esta última resolución, Calvo Vérgez, Juan, «La entrada de la inspección en el domicilio de las personas jurídicas y el necesario examen de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad», *Contabilidad y Tributación CEF,* 444, 2020, pp. 145 y ss.

[52] Ver Sancho Aranzasti, Ana, «Autorizaciones administrativas en materia laboral y de seguridad social. Criterios normativos y jurisprudenciales», *ElDerecho.com*, 13/02/2017, disponible en https://elderecho.com/autorizaciones-administrativas-en-materia-laboral-y-de-seguridad-social-criterios-normativos-y-jurisprudenciales.

[53] Alarcón Sotomayor, Lucía, *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 24.

afirma que «la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional». Es una copia cuasi literal de la voz «domicilio» de Paolo Barile y Enzo Cheli, en la que se hace también referencia, junto a la persona jurídica, al «ente de hecho —en cuanto formaciones sociales destinadas a desenvolver la personalidad de los individuos *ex* art. 2 CI—»[54]. Pero esta traslación sobre la libertad italiana del domicilio y la inviolabilidad del domicilio en nuestro país es discutible porque una y otro derecho son diferentes en su concepción. Mientras que en Italia la *libertad* (el nombre no es casual) de domicilio se vincula este derecho con la libertad personal, en la línea defendida por la profesora Biglino en el prólogo de la tesis, en nuestro país la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad, y eso encuentra lógico reflejo en la clásica regulación penal del allanamiento de morada.

Acaso no sea posible dar marcha atrás en la jurisprudencia constitucional examinada en líneas anteriores, pero sería aconsejable, en este caso, realizar una reforma constitucional que no haga depender del juez la entrada administrativa que deba realizarse en el domicilio de una persona jurídica y en otros locales comerciales y profesionales. Alcanzada esta conclusión no queda más que agradecer a mi maestra su ayuda y ejemplo permanente, y esperar que pueda seguir beneficiándome de su magisterio en el futuro.

[54] En la voz «Domicilio (libertà di)» de la *Enciclopedia del Diritto. Vol. XIII* (Giuffrè, Varese, 1964, p. 864).

CAPÍTULO 28

EL PAPEL DE LAS PLATAFORMAS EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE SERVICIOS DIGITALES (DSA) Y SU INCIDENCIA EN EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN*

Mª Aránzazu Moretón Toquero
(Universidad de Valladolid)
Profesora Titular de Derecho Constitucional

1. Introducción: algunas particularidades de la comunicación en el entorno digital

Uno de los elementos característicos del entorno digital es la ineludible intervención de intermediarios, que prestan servicios tecnológicos de muy diverso tipo (alojamiento de datos, acceso a redes, copia temporal de información, motores de búsqueda, enlace, *etc*.) y que, en ocasiones, actúan también como intermediarios de la información en la medida en que dan soporte y almacenan la que proporcionan los usuarios. De esta forma, aunque no siempre se muestre tan evidente, estos «intermediarios digitales», además de su papel de proveedores de acceso a la red o a los diferentes espacios de comunicación, o prestadores de servicios asumen una función con notable incidencia en el proceso comunicativo proceso comunicativo, con una notable capacidad de incidencia.

En este contexto sin precedentes los contornos entre lo público y lo privado, la información y la expresión, lo local y lo global, se muestran más difusos[1], un aspecto que determina las nuevas condiciones en las que se desenvuelve una sociedad globalizada y conectada en red mediante la tecnología.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto GARANTIAS INSTITUCIONALES Y REGULATORIAS. AUTORIDADES ELECTORALES Y DE SUPERVISION DIGITAL ANTE INTERFERENCIAS, NARRATIVAS HOSTILES, PUBLICIDAD SEGMENTADA Y POLARIZACION (Dir-Politics), PID2022-137245OB-I00.

[1] Esta misma apreciación se encuentra en Boix Palop, A., «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales, *Revista de Estudios Políticos,* 173, 2016, p. 55.

En este mismo sentido, la STC 8/2022, de 27 de enero, se refiere a cómo las dificultades de distinguir entre libertad de información y libertad de expresión se acentúan cuando se contextualiza el ejercicio de una y de otra en el ámbito de internet y, más concretamente, en el de las redes sociales (FJ 2).

A las nuevas manifestaciones, cauces y espacios de comunicación que integran la Red, y a su naturaleza multimodal, la tecnología añade otros elementos relevantes a tener en cuenta, que aluden a la superación de las coordenadas de espacio y tiempo en las que tradicionalmente tenía lugar el proceso comunicativo, marcando una diferencia radical entre ambos escenarios.

Por otro lado, en paralelo al desarrollo y la generalización del uso de internet y de las herramientas de inteligencia artificial, y de los evidentes beneficios que ello comporta, surge también la necesidad de afrontar nuevos riesgos, en particular, el de la alteración o la distorsión del discurso público, habida cuenta, sobre todo, de la relevancia de sus consecuencias en términos de intensidad y extensión, por razón de la propia naturaleza del medio digital.

Algunos otros, como la manipulación informativa, la desinformación o la difusión de contenidos lesivos, por ejemplo, no son en esencia novedosos, pero sí las condiciones añadidas por el medio en el que se manifiestan. En este sentido, la accesibilidad universal a los diferentes espacios de comunicación, la facilidad de mantener el anonimato, un potencial de difusión del mensaje hasta ahora sin precedentes tanto en el tiempo (viralidad, instantaneidad, y perduración de los contenidos) como en el espacio (alcance global), resultan factores determinantes a la hora de abordar el ejercicio de la libertad de comunicación. Efectivamente, si por un lado Internet es viralidad, globalidad, accesibilidad universal, inmediatez e interacción; no es menos cierto que también lleva aparejados dependencia técnica y tecnológica, anonimato, riesgo de pérdida del control de los datos y de la privacidad, manipulación, desinformación, segmentación de la información, o inaccesibilidad a los intermediarios por parte de los ciudadanos, por ejemplo.

La intervención de los intermediarios tecnológicos en el proceso comunicativo introduce cambios que se refieren no solo a la función que desarrollan, sino particularmente, a las características que configuran su posición respecto de los usuarios, sobre todo, en términos de responsabilidad. Si en el ámbito analógico los medios de comunicación eran los «intermediarios naturales», en el contexto digital se han sumado las plataformas[2] y otros intermediarios (como los proveedores de acceso, los buscadores, o las redes sociales) que intervienen como «intermediarios necesarios» en el proceso de comunicación, a cuyo desarrollo contribuyen y dan soporte. A esta particularidad se añade la circunstancia de que las compañías dueñas de dichas plataformas actúan, en la práctica, en régimen de monopolio, lo que determina una situación de asimetría estructural respecto de los millones de usuarios de sus servicios.

[2] Por «plataforma en línea», según la definición auténtica» que ofrece el Reglamento en su artículo 3.i), se entiende «un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento».

Este inédito contexto ha traído consigo la necesidad de plantear, una vez más, si el paradigma clásico de la comunicación con el que veníamos operando deben ser replanteado en alguno de sus elementos para captar una realidad en la que la utilización masiva de la tecnología, unida a los cambios en los usos sociales que ella misma ha suscitado, añade nuevos problemas jurídicos a los ya conocidos (STC 27/2020, de 24 de febrero, FJ 3). En segundo término, ha puesto de manifiesto también la necesidad de contar con un marco jurídico apropiado para afrontar los nuevos riesgos que este escenario comporta, y que responde a una lógica propia y aparentemente distinta a la que subyace en los parámetros de ejercicio de la libertad de comunicación que teníamos hasta ahora. En definitiva, partiendo de que, como señala V. Vázquez, resulta muy difícil no reconocer que el sistema jurídico de la libertad de expresión e información se ha visto superado por la revolución digital[3] se cuestiona si el modelo analógico sigue siendo válido en este particular escenario. También, si este es suficiente para dar cuenta de la naturaleza y el papel que desempeñan los nuevos sujetos intermediarios, la atribución de facultades, y también su responsabilidad, porque, como señala la precitada sentencia, en este nuevo contexto digital, a pesar de la confusión de papeles de los sujetos que intervienen, la forma que lo hacen y los problemas que ello suscita, los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y el contenido de estos continúa siendo el mismo que en la era analógica.

Por el momento, la configuración las soluciones y la comprensión jurídica de la cuestión dista de ser uniforme desde un punto de vista global[4], lo que permite diferenciar desde el punto de vista regulatorio un modelo europeo de gobernanza digital. Este modelo, se plasma en un importante conjunto de normas, que se ha afianzado decididamente con la aprobación del Reglamento de Servicios Digitales, (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo (conocido por las siglas DSA que corresponden a su denominación en inglés *Digital Service Act*), de 19 de octubre de 2022, relativo a un Mercado único de servicios digitales, que modifica la Directiva 2000/31/CE[5], y tiene por finalidad crear un entorno en línea transparente y seguro.

[3] Vázquez Alonso, V., «La censura "privada" de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión», *TEORDER,* 32, 2022, p. 110. DOI: https://doi.org/10.36151/td.2022.040

[4] Sobre este particular *vid*. Cetina Presuel, R., «Un estira y afloja: La definición de las reglas para la libre expresión en las plataformas de redes sociales», *Jurídicas CUC* 17\1, 2021, pp. 499-556. DOI: http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.18

[5] 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, DOUE 27 de octubre de 2022.

2. La regulacion europea de la comunicación digital

2.1. La DSA como pieza fundamental del marco regulador europeo

La regulación jurídica de la comunicación en línea plantea las dificultades propias de abordar una realidad particularmente compleja, entre otros motivos, por su carácter global, la diversidad de sujetos intervinientes, la multiplicidad de servicios que convergen, la variedad de canales y espacios, o también, por la volubilidad que deriva de su relación directa con el progreso tecnológico.

En Europa, la Directiva 2000/31[6], relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, estableció el andamiaje de la regulación digital en un sentido amplio. Una regulación que, en buena medida, se ha conservado en las normas posteriores, que han tratado de asumir los cambios producidos en el ámbito específico, que hoy regula el Reglamento de Servicios Digitales (DSA).

En esta línea, el Reglamento alude expresamente a las novedades producidas en los veinte años transcurridos desde la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo[7], como justificación de la revisión del marco normativo que incorpora, para centrarse en la regulación específica de los servicios de intermediación. Entre las novedades, el Reglamento se refiere expresamente a la aparición de nuevos e innovadores modelos de negocio y servicios, como las redes sociales y las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia, o a la generalización y el uso cotidiano de estos servicios por la mayoría de los ciudadanos de la Unión.

En el lado opuesto, justifica esta nueva regulación en la necesidad de hacer frente a riesgos como el comercio o el intercambio de bienes, servicios y contenidos ilegales en línea, o la utilización de sistemas algorítmicos que amplifican la propagación de desinformación, todos ellos comportamientos abusivos susceptibles de ocasionar daños importantes no solo para los ciudadanos que utilizan esos servicios, sino también, para las empresas y la sociedad en su conjunto.

Además de afrontar esto retos, el Reglamento aspira a unificar la respuesta normativa construyendo una específicamente europea, un aspecto particularmente necesario en una materia que se desenvuelve en un ámbito supranacional. Efectivamente, el Reglamento da cuenta de cómo los Estados han ido progresivamente aprobando un número creciente de normas de Derecho nacional que, por ejemplo, imponen requisitos de diligencia a los prestadores de servicios intermediarios acerca del modo en que deben

[6] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico»). Esta Directiva fue transpuesta en España por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI).

[7] Como señala el artículo 2.3. DSA, «El presente Reglamento no afectará a la aplicación de la Directiva 2000/31/CE», que continúa en vigor.

hacer frente a fenómenos como la diseminación de contenidos ilícitos, la desinformación entre otros, que pueden ocasionar divergencias jurídicas derivadas, sobre todo, del carácter transfronterizo de internet y con ello afectar negativamente el mercado interior como espacio sin fronteras interiores, donde la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento están garantizadas (art. 26 TFUE)[8].

Aunque el Reglamento es sin duda una norma de particular trascendencia, no se puede pasar por alto que forma parte de un marco regulatorio más amplio que conforma la estrategia digital europea. Este marco único y uniforme[9] incluye también otras normas relevantes, como la Ley de Mercados Digitales (DMA) y la Directiva de Comercio Electrónico, que avanzan en la senda de la legislación precedente, el Reglamento Europeo sobre la Libertad de los medios de comunicación que, junto con el Reglamento General de Protección de Datos y el proyecto de Reglamento para la regulación de la inteligencia artificial[10], conforman en su conjunto un *corpus* jurídico que pretende afrontar los desafíos y las necesidades de la sociedad de la información y del mercado digital, ofreciendo nueva protección a los usuarios y seguridad jurídica a las empresas en el mercado único europeo.

El correcto funcionamiento del mercado interior a través de la creación de «un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza» al que pretende contribuir la DSA, se orienta a la consecución de una doble finalidad: facilitar la innovación tecnológica[11] pero, al mismo tiempo, garantizar también la protección efectiva de los derechos fundamentales amparados por la Carta, y la protección de los consumidores (art. 1 DSA). Un doble objetivo en permanente tensión, cuyo proceso de consecución no se encuentra exento de dificultades (y, por qué no decirlo, también de críticas[12]).

---

[8] *Cfr.* Considerandos 1 y 2 DSA.

[9] El Considerando 9 DSA dice expresamente: «De este modo, los Estados miembros no deben adoptar ni mantener otros requisitos nacionales relativos a las materias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, a menos que este prevea expresamente tal posibilidad, ya que ello afectaría a la aplicación directa y uniforme de las normas plenamente armonizadas aplicables a los prestadores de servicios intermediarios de conformidad con los objetivos del presente Reglamento.»

La función de unificación y aproximación normativa que lleva a cabo el Reglamento es la prevista en el artículo 114 TFUE (versión consolidada).

[10] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM (2021) 206 final.

[11] A este respecto, el Considerando 4 DSA señala: «En el presente Reglamento se establecen las condiciones para que en el mercado interior surjan y se desarrollen servicios digitales innovadores. Es necesario aproximar en el ámbito de la Unión las disposiciones reguladoras nacionales referidas a los requisitos aplicables a los prestadores de servicios intermediarios a fin de evitar y eliminar la fragmentación del mercado interior y garantizar la seguridad jurídica, de modo que se reduzca la incertidumbre para los desarrolladores y se fomente la interoperabilidad. Si se aplican requisitos tecnológicamente neutros, la innovación no debería verse obstaculizada sino estimulada.»

[12] Villaverde Menéndez, I., *Los poderes salvajes. Ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios,* Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 31-34.

Desde el punto de vista del contenido, la DSA regula con carácter general la actividad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, es decir, los servicios intermediarios en línea de todo tipo (de «mera transmisión», «memoria caché» y «alojamiento de datos») que se ofrezcan a destinatarios que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión, con independencia de dónde dichos intermediarios tengan su lugar de establecimiento[13].

Se trata de una norma compleja que, en términos generales, da continuidad a la regulación preexistente (posicionada en la exención de responsabilidad de los intermediarios bajo ciertas condiciones) aunque incrementando notablemente las obligaciones de diligencia de los intermediarios, de quienes depende directamente la comunicación y la interacción de los usuarios. El Reglamento articula buena parte de su contenido en torno a dos aspectos fundamentales: la noción de riesgo y un complejo sistema de responsabilidad, que contiene obligaciones de diligencia debida asimétricas (con un grado creciente de exigencia) y cumulativas, que hace recaer sobre los intermediarios en función de la naturaleza de los servicios que prestan, pero también, atendiendo a su tamaño y capacidad de impacto.

Asumido que el riesgo es inherente a la comunicación digital y que es imposible eludirlo de manera total o eliminarlo, la norma opta por asumirlo incorporando un sistema de «gestión» con el fin de mitigarlo, o bien, tratarlo preventivamente para evitar que se materialice.

Desde el punto de vista de su contenido, cabría hacer dos referencias. Por un lado, aunque el Reglamento traza unos principios generales y tiene una orientación clara, no puede considerarse, sin embargo, una norma cerrada porque está llamada a experimentar revisiones como consecuencia de la conexión de su contenido con la evolución tecnológica, del dinamismo de sus aplicaciones o el surgimiento de nuevos servicios pues como señala V. Vázquez, en este campo el Derecho está llamado a padecer una suerte de obsolescencia perpetua[14].

La DSA está llamada a confluir, por razón de la materia, con otros regímenes jurídicos específicos como, por ejemplo, de la protección de datos, los derechos de autor, la protección de los consumidores y otras materias a las que se refiere en el apartado 4 del artículo 2) DSA que, en la medida en que no se verán afectados, permiten calificar el Reglamento como nuevo paradigma regulatorio horizontal o general. Sin perjuicio de ello, esta norma está llamada a producir importantes cambios en las legislaciones nacionales como consecuencia de su desarrollo en el ámbito interno.

[13] Artículo 1.1 DSA.

[14] Vázquez Alonso, V., «La censura...», *op. cit.*, p. 110.

2.2. La cuestión de los riesgos derivados del diseño, funcionamiento o el uso inadecuado de los servicios en línea y las obligaciones de diligencia debida de los intermediarios

En la lógica de crear un contexto confiable para los usuarios y de seguridad jurídica para los mercados en el entorno digital (inalcanzables términos absolutos) el Reglamento se orienta hacia la mitigación de los riesgos y la minimización de los daños derivados la actividad en línea, a través de medidas tanto de prevención como de reacción, que se pretende sean rápidas y eficaces, como el contexto exige.

Esta función de gestión de riesgos implica directamente a los intermediarios, como principales actores en el proceso comunicativo, y aprovecha su capacidad tecnológica, así como su relación directa con los usuarios. La complejidad de esta misión es evidente teniendo en cuenta que no solo se trata de un entorno esencialmente desinstitucionalizado, sino que también carece de fronteras, un espacio globalmente abierto que utiliza un soporte duradero que permite el almacenamiento masivo de datos a largo plazo.

Si en un momento inicial la preocupación se centraba en la forma de sancionar los excesos comunicativos en la Red y en la necesidad de garantizar los derechos individuales de los ciudadanos, con el paso del tiempo, la constatación de la intensidad de los efectos que ocasionan en el ámbito público algunos fenómenos como la desinformación, la manipulación informativa, la incitación al odio o la violencia, entre otros, parece haber desplazado el foco de atención hacia la vertiente institucional u objetiva de las libertad de comunicación[15]. En consecuencia, se ha producido una creciente actividad reguladora, sobre todo en Europa, sobre la base de la intensidad, extensión y relevancia del riesgo[16], proporcional al desarrollo tecnológico y la actividad de las grandes plataformas intermediarias.

La norma europea aborda la cuestión del riesgo en un doble aspecto: por un lado, identifica desde un punto de vista material los que se consideran riesgos particularmente relevantes y susceptibles de control; y, en segundo lugar, atiende a las características de los intermediarios digitales, a su relevancia o tamaño medido en términos de capacidad de difusión teniendo en cuenta que, cuando sus servicios alcanzan un determinado umbral

[15] 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» (adoptada por el Consejo de Ministros el 16 de abril de 2014) en su apartado 3 señala que Internet tiene características de servicio público» y, en ese sentido, «personas, comunidades, autoridades públicas y entidades privadas dependen cada vez más de Internet para sus actividades y tienen una expectativa legítima de que sus servicios sean accesibles, ofrecidos sin discriminación, asequibles, seguros, fiables y continuos».

[16] Esta posición encuentra críticas desde una posición liberal que minimiza la intensidad de ese riesgo y aboga por una mayor libertad del discurso, no tanto por la restricción. Rebatiendo lo que considera un exceso regulatorio o paternalismo jurídico, Boix pone de relieve que las características de apertura de la red y su generalización permiten un mayor escrutinio público que hace posible rebatir muchos de estos excesos. *Vid.* Boix Palop, A., «La construcción...», *op. cit.*, pp. 61, 64, 101.

de usuarios, su potencial de difusión eleva la consideración de estos riesgos a la categoría que denomina «riesgos sistémicos» por la previsible intensidad de su impacto social. En la práctica, esta última cualidad convierte a los intermediarios en el instrumento más eficaz para colaborar en la gestión o minoración de dichos riesgos, actuando como dique de contención de sus efectos adversos. En este sentido, el Reglamento reconoce que las plataformas en línea y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño «pueden entrañar riesgos para la sociedad, de distinto alcance y repercusión que los generados por plataformas más pequeñas» y, en consecuencia, justifica que hayan de cumplir con obligaciones de diligencia más exigentes, en proporción a su impacto social.

El umbral que determina en la UE la consideración de una plataforma o un motor de búsqueda como de «gran tamaño» (denominados VLOP y VLOSE, respectivamente, por las siglas de su denominación en inglés[17]) y la consiguiente consideración de que su potencial de influencia o impacto social puede ser desproporcionado en la Unión, se calcula (art. 33 DSA) atendiendo a un promedio de usuarios mensuales activos en un periodo de seis meses. Este umbral operativo se fija por el Reglamento en cuarenta y cinco millones de usuarios, es decir, en una cifra equivalente al 10 % de la población de la Unión (una cifra que ha de mantenerse, lógicamente, actualizada por la Comisión[18]).

No se puede perder de vista que las grandes plataformas pertenecen a compañías que crean o ponen a disposición espacios de comunicación que tienen una dimensión muy cercana a lo público. Esta cualidad justifica que se les atribuya una responsabilidad más intensa respecto de los riesgos que generan, lo que se materializa en la exigencia de obligaciones de diligencia añadidas respecto de las propias de pequeñas empresas, de cuyo cumplimiento deben dar cuenta periódicamente.

Desde un punto de vista material, el Reglamento se centra en algunos riesgos concretos que pueden derivar del diseño o del funcionamiento de su servicio y los sistemas relacionados con este (incluidos los sistemas algorítmicos) o del uso que se haga de sus servicios que pueden afectar a los destinatarios individuales, a las empresas y la sociedad en su conjunto, como son los contenidos ilícitos, la desinformación y «otros riesgos» para la sociedad[19] que se determinan en a lo largo del texto del Reglamento.

---

[17] La DSA clasifica las plataformas o motores de búsqueda que tienen más de 45 millones de usuarios al mes en la UE como plataformas en línea (*Very Large Online Platforms*) o motores de búsqueda en línea de gran tamaño (*Very Large Online Search Engines*).

[18] *Cfr.* Considerando 76 DSA. El 25 de abril de 2023 la Comisión hizo la primera designación de estas grandes plataformas en función de los datos del promedio de usuarios proporcionados por ellas mismas; datos que deberán actualizar periódicamente. Inicialmente se designaron un total de 17 grandes plataformas (*Alibaba, AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube, Zalando*) y 2 Buscadores de gran tamaño (*Bing* y *Google Search*). Accesible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2413

Este listado ha sido ampliado por la Comisión a finales del año 2023 para incluir a las plataformas Pornhub, Stripchat y Xvideos. El listado actualizado puede consultarse en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C_202401320#ntr1-C_202401320FR.000101-E0001

[19] *Cfr.* Considerando 2 DSA.

Los riesgos sistémicos que el Reglamento considera particularmente relevantes y obliga a evaluar a las plataformas, se agrupan en cuatro categorías (art. 34 DSA). Una primera se refiere a los riesgos asociados a la difusión de contenidos ilícitos, como la difusión de materiales de abuso sexual de menores o delitos de incitación al odio, u otros tipos de usos indebidos de sus servicios para cometer delitos, y la realización de actividades ilícitas como la venta de productos o servicios prohibidos por el Derecho de la Unión o nacional, incluidos los productos peligrosos o falsificados o el comercio ilegal de animales (Considerando 80 DSA). Las plataformas en línea o buscadores de muy gran tamaño deben evaluar el riesgo de difusión de contenidos ilícitos, con independencia de que la información sea o no, además, incompatible con sus condiciones generales.

Una segunda categoría de riesgos tiene que ver con la afectación real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales, tal y como los protege la Carta. Entre ellos, el Considerando 81 DSA menciona la dignidad humana, la libertad de expresión y de información, incluidos la libertad de los medios de comunicación y el pluralismo, el derecho a la vida privada, el derecho a la protección de datos, el derecho a la no discriminación, los derechos del niño y la protección de los consumidores. Esta afectación puede provenir, por ejemplo, del diseño de los sistemas algorítmicos utilizados por la plataforma o por el envío de notificaciones abusivas u otros métodos destinados a limitar la expresión u obstaculizar la competencia.

En tercer lugar, se abordan los riesgos de impacto, reales o previsibles, sobre los procesos democráticos, el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública.

La cuarta categoría de riesgos se relaciona con el diseño, el funcionamiento o la manipulación con un efecto negativo real o previsible en la protección de la salud pública, los menores y graves consecuencias negativas para el bienestar físico y mental de una persona, o en la violencia de género.

Esta relación de contenidos particularmente protegidos, se formula de una manera amplia e indeterminada, en exceso abierta, un aspecto que ya fue cuestionado a la vista del borrador del Reglamento como una brecha que podía ocasionar problemas desde el punto de vista de la libertad de comunicación[20].

Por otra parte, la gestión de estos riesgos que selecciona la norma se materializa en la imposición de un completo catálogo de obligaciones para los intermediarios, que se gradúan y acumulan[21] en función de la naturaleza del servicio prestado y del tamaño del

[20] En esta línea ver las interesantes observaciones que hace J. Barata en: Barata Mir, J., «The Digital Services Act and its impact on the Right to Freedom of Expression: special focus on risk mitigation obligations», *Plataforma para la Libertad de Expre*sión (PLI), 2021, accesible en: https://libertadinformacion.cc/informe-de-joan-barata-sobre-la-dsa-y-la-libertad-de-expresion-en-internet/

[21] El carácter cumulativo de estas obligaciones se refiere a que «en la medida en que los prestadores de servicios intermediarios pertenezcan a varias de las diferentes categorías en función de la naturaleza de sus servicios

intermediario, circunstancias de cuya observancia o incumplimiento se hace derivar la responsabilidad y la eventual imposición de sanciones.

Efectivamente, el Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales (DSA) diferencia en su artículo 3.g) entre los prestadores de «servicios intermediarios», que constituyen su ámbito de aplicación, uno de los siguientes servicios de la sociedad de la información: los de *mera transmisión* (transmiten en una red de comunicación información facilitada por el destinatario o facilitan el acceso a una red de comunicaciones), los servicios de *memoria caché* (transmiten información facilitada por el destinatario del servicio y lleva aparejado el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información con la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos), y los de *alojamiento de datos* (que almacenan datos facilitados por el destinatario del servicio y a petición de este como) dentro de los cuales se encuentran las plataformas en línea (como las redes sociales o las que permiten celebrar contratos a distancia).

Esta diferenciación no es tan nítida, si tenemos en cuenta que algunos de los servicios ofrecidos por los intermediarios no aparecen de manera «químicamente pura», sino que frecuentemente la naturaleza de los servicios resulta ser una combinación de todos o alguno de ellos (por ejemplo, el medio digital que sirve noticias pero al mismo tiempo facilita un espacio de intercambio de opiniones de los usuarios[22]). El Reglamento hace frente a esta objeción introduciendo como factor distintivo que la actividad en que consiste cada servicio sea «principal»[23] dentro del producto que se ofrece.

Resulta crucial, por tanto, identificar el tipo de servicio que ofrece el intermediario y su tamaño, para poder concretar las diferentes obligaciones de diligencia, gestión de riesgos, y la eventual exigencia de responsabilidad.

En primer término, todos los servicios intermediarios deben cumplir con el conjunto común de obligaciones generales. Los servicios de alojamiento de datos, además, están sometidos a otras obligaciones específicas. A las plataformas en línea (como una especie de servicio de alojamiento de datos que además de almacenar información, la difunden) tienen que cumplir con todas las anteriores y, además, con otras particulares, atendiendo a la especificidad de su servicio.

---

y de su tamaño, deben cumplir con todas las obligaciones correspondientes del presente Reglamento en relación con dichos servicios» (Considerando 41 DSA).

[22] Ni siquiera los diarios digitales, que progresivamente han ido adquiriendo una configuración más sofisticada, pueden asimilarse de manera general y automática a los analógicos en lo tocante al sistema de responsabilidad en la medida, sobre todo, en que incorporan espacios de interacción entre los usuarios. En este servicio, difiere notablemente su posición respecto de la que mantiene sobre los contenidos propios y la responsabilidad sobre los comentarios que los lectores puedan insertar en los espacios abiertos que pone a disposición. Un interesante y profundo estudio sobre el estatuto de los diarios digitales y su responsabilidad por contenidos de sus usuarios se encuentra en Arrese Iriondo, M. N., «La responsabilidad de los diarios digitales por los comentarios de sus usuarios», *RVAP,* 99, 2014, pp. 387-414.

[23] Por todos, *vid.* Considerando 41 y artículo 3 DSA.

Por último, atendiendo a su tamaño, tanto las plataformas como los motores de búsqueda de muy gran tamaño (VLOP y VLOSE) están sujetos a un elenco de obligaciones de cuidado muy amplio, cuyo detalle excede al propósito de este trabajo, entre las que se encuentran: el sometimiento, a su costa, a una auditoría anual independiente (arts. 37, 40, y 41 DSA), obligaciones relativas a los sistemas de recomendación y a la limitación de la práctica del perfilado (art. 38 DSA), novedosas obligaciones adicionales de transparencia adicional sobre la publicidad en línea (art. 39 DSA), obligaciones de transparencia informativa (art. 42 DSA), elaborar o sumarse a la aplicación de códigos de conducta (arts. 44 a 47 DSA), entre otras. Desde el punto de vista de la gestión de riesgos, a la que están sometidos los prestadores de plataformas en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño, estos habrán de tener en cuenta diversos factores que tienen que ver no solo con el funcionamiento de la plataforma en línea, sino también, con su diseño interno y la manera en la que influyen en la creación de «riesgos sistémicos». En este sentido, por ejemplo, el artículo 34 DSA (titulado «Evaluación de riesgos») alude a que hay que atender al diseño de sus sistemas de recomendación y de cualquier otro sistema algorítmico pertinente, a los sistemas de moderación de contenidos, a las condiciones generales aplicables y su ejecución, a los sistemas de selección y presentación de anuncios, o las prácticas del prestador relacionadas con los datos.

Cuando tras el análisis de estos factores se detecten riesgos, las plataformas deberán adoptar «medidas de reducción de riesgos razonables, proporcionadas y efectivas, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos detectados... teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos fundamentales» (art. 35 DSA).

Desde el punto de vista de los derechos, el Reglamento opta por una intervención preventiva, atendiendo a la generación del riesgo, exigible y controlable desde las instituciones, a la que se suman mecanismos de reacción específicos para los usuarios de plataformas en línea contra las decisiones de los intermediarios.

2.3. Regulación y autorregulación para tratar de ordenar el espacio digital

La fuerza de los hechos ha superado el ideal inicial de un espacio digital totalmente libre (uno de sus principales atractivos) para pasar a configurar un espacio regulado (con mayor o menor intensidad, según modelos) trasladando el foco de atención hacia la incidencia que esta intervención reguladora puede tener sobre la conformación de la opinión pública y las libertades de expresión e información. La opción europea ha sido la de transitar hacia un sistema de regulación pública que permita compatibilizar la creación de «un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza» con otros intereses diversos; donde la garantía de un espacio para el libre ejercicio de la libertad de

comunicación, o la libertad de empresa, convivan con la protección frente a la desinformación, la discriminación, la salvaguarda de la seguridad pública, la protección de consumidores y usuarios, especialmente de los menores, entre otros objetivos.

Como señala Barata, a estas alturas, al menos en Europa, no se discute que las plataformas (y, en particular, las redes sociales), como espacio de comunicación y relación social, no pueden constituir un entorno libérrimo donde se puedan intercambiar o albergar informaciones o expresiones sin categorización y carentes de límites. Una opción contraria correría el riesgo cierto de transformar estos espacios en ciénagas en las que el *spam*, la desinformación, la pornografía, y otras modalidades de información potencialmente dañina o indeseable acabaran configurando un escenario que no resultaría atractivo ni para los usuarios ni para las propias plataformas, que no tendrían posibilidad de ofertar su modelo de negocio[24].

Sin embargo, también la realidad ha puesto de manifiesto que, en un espacio global como el digital, la regulación pública difícilmente puede, por sí misma, ser eficaz para lograr estos objetivos de ordenación. En este sentido el artículo 45 DSA, relativo a los códigos de conducta, es enormemente expresivo cuando alude a que se incentivará la elaboración de códigos de conducta «teniendo en cuenta en particular las dificultades concretas que conlleva actuar contra diferentes tipos de contenidos ilícitos y riesgos sistémicos», es decir, donde el derecho no puede (o no debe) llegar.

En este punto cobra particular sentido reparar de nuevo en el papel de intermediario necesario y especializado que desempeñan las empresas tecnológicas, que prestan soporte, crean y gestionan espacios de comunicación, y se relacionan con los usuarios. Aprovechando su cercanía y capacidad efectiva de influencia en el comportamiento de los usuarios, la regulación pública llama a la colaboración de las empresas intermediarias alentando su participación en la ordenación del entorno digital a través de una regulación indirecta, para lo cual les confiere importantes facultades de gestión (como la «moderación de contenidos»), avanzando hacia un modelo de co-regulación, propia del ámbito tecnológico (y del derecho europeo, en general).

De este modo, por un lado, se les imponen obligaciones y, al mismo tiempo, se les delegan ciertas funciones públicas o cuasi-públicas y se les reconocen importantes facultades reguladoras a través de herramientas de *soft law*. La elaboración o adhesión a códigos de conducta voluntarios se incentiva en el Reglamento de manera particular en algunos casos, como, por ejemplo, en relación con la protección de los menores o con la publicidad en línea (frente a los anuncios ilícitos o técnicas manipulativas y desinformación) y la accesibilidad de las plataformas, así como en lo relativo a la gestión de riesgos sistémicos por parte delas VLOPS.

Estas normas privadas de autorregulación, como son los códigos éticos o códigos de conducta, o también las condiciones generales, se encuentran, sin embargo, someti-

[24] Barata Mir, J., «Libertad de expresión...», *op. cit.*, p. 98.

das al cumplimiento de algunas prescripciones obligatorias contenidas en el Reglamento, referidas a su contenido o a los ámbitos donde inexcusablemente deben aprobarse, como manifestación de ese principio de autorregulación regulada[25]. Así, por ejemplo, el artículo 14.1 DSA prevé la obligación de que los prestadores de servicios intermediarios incluyan en sus condiciones generales información sobre cualquier restricción que impongan en relación con el uso de su servicio respecto de la información proporcionada por los destinatarios del servicio. También el citado artículo 45 DSA, en el ámbito de las obligaciones adicionales impuestas a las VLOPS para la gestión de riesgos sistémicos prevé la incentivación de la elaboración de códigos de conducta y se dan pautas de contenido, revisión y adaptación, y prevé la supervisión, en coherencia con el modelo de «autorregulación regulada» al que me he referido.

Esta colaboración privada, sin embargo, puede llegar a conferir a los intermediarios una particular «posición vicarial» (V. Vázquez), que es particularmente visible en relación con el control de los contenidos que se difunden en la Red, una posición no exenta de riesgos desde el punto de las libertades de expresión e información, en la medida en que sujetos privados asumen el ejercicio de importantes funciones públicas, además, con un apreciables margen de discrecionalidad, aumentado por la indefinición tanto del ámbito como de la extensión de su campo de actuación.

3. Las plataformas digitales: los nuevos sujetos de la comunicación en línea

En el contexto analógico, las libertades de expresión y, sobre todo, de información, se ejercen a través de cauces institucionalizados como son los medios de comunicación. Desde la óptica de los ciudadanos, los medios actúan (en palabras del TC) como «intermediarios naturales»[26] en la difusión de pensamientos e ideas, y como cauce de acceso a la información elaborada de manera profesional por periodistas e informadores, integrados o colaboradores en dichos medios. De esta forma, medios de comunicación, periodistas y ciudadanos conforman los vértices del proceso comunicativo[27], y sobre este triple vértice y su interrelación, se ha venido configurando

[25] En la autorregulación la Administración no toma la iniciativa de reglamentar y aplicar las normas, sino que se retira y abre esos espacios a las entidades y corporaciones de base privada. Sobre este aspecto y los derechos digitales *vid*. Barrio Andrés, M., *Los derechos digitales y su regulación en España, la unión europea e Hispanoamérica,* Colex, Madrid, 2023.

[26] Los medios de comunicación como «intermediarios naturales» y necesarios «entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente», dice la temprana STC 30/1982, de 1 de junio, reiterada en otras posteriores como las SSTC 286/1993 de 4 de octubre; 56/2004, de 19 de abril; 7/2023, de 21 de febrero, y más recientemente en la STC 7/2023, de 22 de febrero.

[27] Este aspecto se encuentra tratado con gran claridad en Vázquez Alonso, V., «La censura...», *op. cit*., p. 110.

normativamente y, sobre todo, a través de la jurisprudencia, un particular régimen jurídico que define el contorno del ejercicio de la libertad de comunicación constitucionalmente protegida, sus límites y los elementos que permiten la coexistencia de estas libertades con otros derechos. También, el particular sistema de responsabilidad de cada uno de los intervinientes en el proceso comunicativo que atiende al papel que cada uno desempeña en dicho proceso, así como a su contribución a la creación y difusión del mensaje.

En este escenario los medios de comunicación ocupan un espacio central atendiendo a su contribución a la generación de opinión, a su función de cauce para el ejercicio de la libertad de expresión, pero, sobre todo, la difusión y generación de contenidos elaborados por profesionales sometidos a su contribución a un particular estatuto jurídico. Una labor crucial que se traduce en un amplio poder de selección y veto de la información que se publica, lo que tiene su correlato en un particular sistema de responsabilidad. Esta facultad de control de los contenidos por parte del medio se justifica también en la medida en que contribuye al mantenimiento de la línea editorial, un elemento esencial que le caracteriza como «empresa de tendencia» y que les distingue de sus competidores.

3.1. El «ecosistema digital» y la naturaleza híbrida del espacio en línea determina la posición jurídica de los intermediarios.

Es evidente que el paradigma clásico de los medios de comunicación analógicos es difícilmente trasladable en su conjunto al entorno digital, donde entran en juego factores nuevos y muy determinantes. Entre ellos, reviste particular importancia que los nuevos espacios o cauces de comunicación en esta «nueva realidad» digital han sido creados y se encuentran en manos de un reducido número de grandes corporaciones privadas que ejercen su función de intermediación de manera casi monopolística y, al mismo tiempo, dichos espacios de comunicación, globales y socialmente generalizados, merecen por esta circunstancia la consideración de entornos públicos o carácter cuasi-públicos.

Como consecuencia de la indispensabilidad del soporte tecnológico, la comunicación en el contexto digital requiere inexcusablemente la intervención de nuevos sujetos que desempeñan funciones muy diversas, en principio, difícilmente equiparables de forma automática a las propias del escenario analógico. Además, algunos de los elementos de referencia en este ámbito, como el contenido de la función de intermediación, la frontera entre el ámbito público y privado, o la diferencia entre creador, difusor y receptor de contenidos, en este nuevo contexto aparecen desdibujados o con perfiles no tan claros. Pese a lo que pudiera parecer, aunque internet se caracteriza por su accesibilidad

y la apertura de los canales de comunicación[28], sin aparente necesidad de intermediación, en realidad (y paradójicamente) la presencia de intermediarios es consustancial al medio. Su papel no es en este caso tan necesario desde el punto de vista de los contenidos (como en los medios de comunicación tradicionales) sino del soporte o el espacio que crea, de modo que esta necesidad de intermediación podríamos decir, es, sobre todo, una necesidad tecnológica.

En este nuevo entorno, profesionales y medios de comunicación no aparecen ya como intermediarios «naturales», pues las herramientas digitales tienen la capacidad de convertir a usuarios que hasta ahora se mostraban en actitud «pasiva», en creadores, emisores y difusores de contenidos (STC 8/2022, FJ 2) diluyendo la frontera entre emisor y receptor.

La accesibilidad y la apertura definen los nuevos espacios facilitando de manera evidente la comunicación e interacción entre los usuarios. Esto es particularmente apreciable en las redes sociales, donde es posible simultanear el papel de generación y difusión de contenidos, tanto propios como ajenos, de manera que los usuarios pasan a ocupar un espacio en el que enotromomento solo se encontraban, de manera casi exclusiva, los profesionales. Siendo esto así, parece sin embargo excesivo considerar, como hace la STC 8/2022, que los usuarios desempeñen un papel muy cercano al que venían desarrollando hasta ahora los periodistas en los medios de comunicación tradicionales, sin considerar el valor añadido de la profesionalidad, con todo lo que ello comporta[29]. La superposición de funciones se aprecia también (y así lo pone de manifiesto dicha sentencia) en la utilización de las plataformas por los medios de comunicación, o en la presencia de los periodistas en redes sociales con perfiles personales (no solo profesionales) donde no dejan de ser percibidos en su condición profesional por sus seguidores y el resto de usuarios (*vid.* STC 8/2022) aunando esa doble condición, personal y profesional.

En el ecosistema informativo, entre otros, conviven medios clásicos ahora digitalizados, grandes plataformas de intermediación que hacen uso de algoritmos en el desarrollo de su servicio, y usuarios no profesionales que ejercen una libertad de información no profesional[30].

La particular posición jurídica de los intermediarios digitales se concreta, por un lado, en la imposición de obligaciones de diligencia debida en el desarrollo de su activi-

[28] La acertada conceptualización de Internet como canal de comunicación se encuentra en Boix Palop, A., «La construcción...», *op. cit.*, p. 60.

[29] La libertad de información, como desde bien temprano reconoció la STC 6/1981, FJ 4, es un derecho fundamental del que «gozan por igual todos los ciudadanos» y no está reservado, por tanto, a los profesionales de comunicación («aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de información su profesión específica»). Sin embargo, esto no conduce a asimilar al ejercicio profesional fenómenos como los que alude la desafortunada expresión «periodismo ciudadano».

[30] García Sanz, R. M., «La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en Internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales», *Revista de Derecho Político,* 106, 2019, pp. 77-104.

dad a fin de asegurar un comportamiento más responsable, por otro, en los deberes derivados de la obligación de gestión de riesgos, entre ellos, los de vigilancia y control de los contenidos ilícitos para lo cual, se les confieren importantes facultades. Obligaciones y facultades que, en cualquier caso, no pueden suponer una claudicación o una merma de las garantías de la libertad de comunicación de los ciudadanos.

El concepto de «contenido ilícito», pese a ser central en el Reglamento, solo se define de manera muy genérica, convirtiéndolo en un concepto indeterminado, con los evidentes riesgos que ello comporta. La referencia general del artículo 3.h) DSA[31] remite la ilicitud al «incumplimiento del Derecho de la Unión o de cualquier Estado miembro», dejando abierta la posibilidad de que dicho ilícito tenga una naturaleza jurídica diversa[32].

En este ámbito y como orientación general, el Reglamento sigue la pauta de trasladar a este ámbito los parámetros de la ilicitud *off line,* de manera que el contenido ilícito en la red debe ser un reflejo del que está vigente fuera de línea.

Una cuestión particularmente compleja teniendo en cuenta la naturaleza transnacional de Internet y las diferencias reguladoras en los distintos Estados (sin perjuicio de la pretensión de la regulación europea de servir como factor uniformador). También, porque la ilicitud o contravención normativa puede revestir muchos grados, y tener diversa naturaleza jurídica, no solo penal, aunque es la que puede resultar más evidente a ojos de los usuarios y de las propias plataformas.

El escenario se complica, aún más, teniendo en cuenta que confluyen regulación y autorregulación, y esto provoca que las plataformas cuenten con un amplio margen para incidir en la libertad de expresión utilizando un doble parámetro. Ello porque no solo se les confieren facultades de exclusión de contenidos ilícitos normativamente, sino que también pueden operar de este modo en relación con aquellos contenidos que sean «incompatibles con las condiciones generales» impuestas por las plataformas[33] en virtud de la reserva de esta facultad en su relación privada con los usuarios.

---

[31] Artículo 3.h) DSA: «toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho».

[32] La DSA clarifica que la ilicitud de la que deriva la responsabilidad no solo abarcaría la difusión de los contenidos ilícitos considerados en sí mismos (cita expresamente los delitos de incitación al odio o los contenidos terroristas y los contenidos discriminatorios ilícitos), sino también, aquellos que las normas aplicables consideren ilícitos por estar relacionados con actividades ilícitas, como el intercambio de imágenes de abuso sexual a menores o el acoso en línea.

El Reglamento también se refiere a los contenidos «manifiestamente ilícitos» cuando sea evidente para una persona lega en la materia, sin un análisis de fondo, que dicho contenido es ilícito (Considerando 63 DSA).

Pese a que la mención expresa de ilicitud en el texto se refiere sobre todo a la ilicitud penal, la generalidad de la referencia abarca lógicamente otros ilícitos como el ilícito civil, sobre todo, si pensamos en atentados al honor, la intimidado la imagen.

[33] Artículo 3.u) DSA: «Condiciones generales: todas las cláusulas, sea cual sea su nombre y forma, que rijan la relación contractual entre el prestador de servicios intermediarios y los destinatarios del servicio». *Vid.* Considerandos 54 y 84, entre otros.

En lo referente a la responsablidad de las plataformas por la difusión de contenidos ilícitos, el Reglamento mantiene, en líneas generales, los conceptos basilares de la normativa anterior y, como se señala en su artículo 1. 2, apartados a) y b), establece un marco armonizado para la exención de responsabilidad («*safe harbor*») condicionada al cumplimiento de sus obligaciones (ahora establecidas en función de la tipología del servicio, así como de su tamaño). También mantiene las exigencias de la Directiva sobre la concurrencia de conocimiento efectivo para la exigencia de responsabilidad, o la constatación de la posición de neutralidad respecto del contenido para poder acogerse a la exención, y exige que en la retirada o bloqueo del contenido ilícito actúe de manera diligente (art. 6 DSA). De igual forma, el Reglamento mantiene también la prohibición de exigir un deber general de monitorización de contenidos, pero introduce una «cláusula del buen samaritano» (art. 7 DSA), como en la regulación estadounidense, para las plataformas que de buena fe y de modo diligente, realicen investigaciones por iniciativa propia de forma voluntaria, o adopten medidas con el fin de detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos, o bloquear su acceso.

Este modelo de exención condicionada incluye algunas importantes novedades, fraguadas al ritmo de la evolución jurisprudencial del TJUE y TEDH, y trata de colmar algunas lagunas, así como favorecer la uniformidad normativa en todo el ámbito europeo[34] a la vista de las divergencias en la transposición y la inaplicación de la Directiva en el ámbito nacional[35].

En la lógica de la imposición de obligaciones asimétricas y cumulativas que sigue la DSA, las plataformas deben cumplir, en primer lugar, con las obligaciones generales de diligencia debida previstas para todos los servicios de intermediación (arts. 11 a 15 DSA); también, las adicionales (arts. 16 a 18 DSA), así como las específicamente previstas para las plataformas (arts. 19 a 28 DSA) y, en su caso, las correspondientes a su gran tamaño (arts. 33 y ss. DSA). Dicha batería de obligaciones superpuestas se orienta a garantizar a los ciudadanos una actuación más responsable.

A los efectos de este trabajo interesan las obligaciones y facultades que tienen que ver con la limitación del discurso público, en particular, las relativas a la denominada «moderación» de contenidos. Entre ellas destacan (art. 14 DSA) las obligaciones de incluir en las condiciones generales del servicio la información relativa a la restricción de contenidos, las medidas y herramientas de moderación que utilizan, el empleo de

[34] Esta necesidad de poner al día la Directiva, tras más 20 años de experiencia, se materializa en la referencia expresa de alguna sentencias como la STS 735/2022, de 28 de febrero (recaida en un asunto sobre suspensión de la cuenta de Twitter del partido político Vox) cuando se refiere a «lo *insatisfactorio que, tanto en lo procedimental como en lo material*, es *el escaso tratamiento legal de ese poder censor que se reservan contractualmente las redes sociales*, erigidas hoy día en medios de difusión masiva de todo tipo de contenidos, también políticos, con un poder e influencia manifiestos en tiempos electorales. E insatisfactoria es, también por su escasez, la regulación de la potestad de control atribuida a la Administración electoral» (FJ 10).

[35] *Cfr.* Considerando 16 DSA.

algoritmos en la toma de decisiones y su revisión humana, o el sistema interno de gestión de reclamaciones. También se prevé expresamente el deber de actuar «de manera diligente, objetiva y proporcionada» y «con la debida consideración de los derechos e intereses legítimos de todas las partes implicadas, incluidos los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio, como la libertad de expresión, la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación y otros derechos y libertades fundamentales amparados por la Carta».

En esta línea se incluyen también obligaciones de transparencia informativa, como la de presentar informes anuales relativos a su actividad de moderación (art. 15 DSA) de las que, en algunos de sus términos, se excluye a las microempresas.

Sin valorar ahora la adecuación de este sistema de obligaciones y las garantías que aporta a los ciudadanos desde la óptica de la libertad de comunicación, lo cierto es que apelar a la pretensión del Reglamento de no desincentivar a los intermediarios ni frenar el progreso tecnológico así como su mayor o menor severidad, no parece un argumento sólido como señala acertadamente Villaverde, quien, desde la crítica, aboga por recuperar un planteamiento propiamente constitucional[36] para la garantía de los derechos.

3.2. Breves consideraciones acerca de las facultades y los riesgos del control de contenidos por parte de las plataformas digitales

Una de las manifestaciones de la colaboración público-privada característica del entorno digital es la atribución a las plataformas de facultades de moderación como un «mal necesario», avalado por su practicidad. Una intervención que reporta beneficios inmediatos pero que, también, lleva anudados algunos riesgos relevantes, reiteradamente manifestados desde el punto de vista de la libertad de comunicación, entre los que destacan: el peligro evidente de sobre-remoción de contenidos y, también, el riesgo de convertir, *de facto*, a estos intermediarios en entes vicariales del Estado abriendo la puerta a una suerte de censura indirecta en manos privadas.

La eufemística «moderación de contenidos» de las plataformas, que lleva aparejados poderes de remoción, es un ejemplo de «regulación secundaria» que, aprovechando el papel de intermediación de las plataformas, en realidad se dirige a regular la actividad de los usuarios tratando de prevenir los comportamientos ilícitos o, al menos, mitigar

[36] Alude a que una forma de ofuscar el análisis es, justamente, plantearlo como un conflicto de intereses de las personas y sus derechos, y el desarrollo dela sociedad de la información. En este sentido se pregunta «si hasta la fecha ningún interés económico o empresarial ha sido considerado un límite inexorable para los derechos fundamentales de terceros (hasta el punto de vaciarlos por completo de contenido), ¿por que han de serlo los de la sociedad de la información?», *cfr.* Villaverde Menéndez, I., *Los poderes salvajes. Ciberespacio..., op. cit.*, pp. 31-34.

sus efectos»[37]. Como ya he señalado, la facultad de moderación de las plataformas digitales procede no solo de una atribución normativa, sino también de la reserva de esta facultad en las condiciones generales que regulan su actividad contractual y la relación con los usuarios[38].

La DSA trata de responder a la necesidad de embridar la posición de los intermediarios digitales que, siendo *de facto* monopolística y fuertemente dominante, actúan en este ámbito (en palabras de Villaverde, que rescata la gráfica expresión de Ferrajoli[39]) como «poderes salvajes» en el sentido de que «crean, recrean y controlan el ciberespacio» y en ocasiones «recurren a ciertos escudos argumentativos para excusar su responsabilidad por los contenidos que difunden a través de sus servicios»[40].

Uno de los peligros derivados de esta posición es el de la sobre-remoción y su impacto en el discurso público, sobre todo, en el que se ejerce en esa «zona gris» del discurso excesivo difundido públicamente que no cae en la ilicitud (al menos no en el ilícito penal) pero es considerado «socialmente peligroso» o reprobable. Es decir, el ámbito de los contenidos nocivos, pero no ilegales, donde eventualmente la actividad regulatoria o la atribución de facultades de control de contenidos pueden terminar por restringir de forma más estricta la libertad de expresión. Esto supondría una doble contradicción, no solo porque se produce en un entorno que, paradójicamente, nació precisamente como entorno abierto, sino que, además, entra en contradicción con el principio de que «lo que es ilegal *off line*, debería serlo en la red», regla con la que se busca evitar la exención de responsabilidad en este ámbito.

En segundo lugar, teniendo en cuenta la comprensión «vicarial» de las plataformas, se percibe una tendencia a delegar en éstas el ejercicio de algunas funciones y facultades del Estado allí donde las propias instituciones tienen dificultades para llegar a tiempo y ser efectivas[41]. Aun cuando el ejercicio de las facultades de moderación de las plataformas no encaja en el concepto de censura en sentido estricto (constitucionalmente prohibida por el art. 20.2 CE) por carecer de los elementos definitorios principales[42], en un

---

[37] Sartor, G. y Loreggia, A., «The impact of algorithms for online content filtering or moderation», *Comisión de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo*, 2020, p. 19.

[38] Estas y otras cuestiones relacionadas las he tratado con detalle en Moretón Toquero, M. A., «Entre *Scilla* y *Caribdis*: los intermediarios digitales y la moderación de contenidos», *Rivista AIC (Asoziacione Italiana dei Constituzionalisti),* 4 (2023).

[39] El Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez titulado «Luigi Ferrajoli. Sobre poder, derecho y democracia hoy: a las cosas por su nombre», a la traducción del libro de L. Ferrajoli, resulta muy clarificador, en Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional,* Trotta, Madrid, 2011, pp. 9-16.

[40] Villaverde Menéndez, I., «Libertad de expresión, anonimato y ciberespacio». En Fernández Villazónv, Luis Antonio (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Universidad de Oviedo-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 301. Esta misma idea constitutye el hilo conductor y se encuentra desarrollada de forma más general en Villaverde Menéndez, I., *Los poderes salvaje..., op. cit.*

[41] Vázquez Alonso, V., «Twitter no es un foro público..., *op. cit.*, p. 503.

[42] En la potestad cancelatoria que ejercen las plataformas digitales no concurren ni el examen previo a la publicación, ni se lleva a cabo por un poder público, notas que permiten diferenciar la censura de otras prácticas restrictivas como la autocensura o la autorregulación.

sentido amplio, podría aplicarse a este entorno entendiendo que comprende la selección y exclusión de contenidos del foro público.

Más allá de los supuestos en los que las plataformas establecen sus propias condiciones de uso y normas de comportamiento como entes privados, cuando la norma impone la obligación de actuar respecto de los contenidos ilícitos, dichas plataformas «no estarán ya actuando como meros sujetos privados, sino como intérpretes y ejecutores, *ex lege*, de la delimitación nada más y nada menos que del legítimo ejercicio de un derecho fundamental». Aún más, si atendemos a la posibilidad de retirar contenidos no ilícitos por parte de las plataformas en la medida en que no se encuentren amparados por sus condiciones generales o normas de la comunidad, esta vía abona la cuestionable posibilidad que señala V. Vázquez de que el poder públio limite «el libre mercado de las ideas» imponiendo una «específica militancia democrática» o, también, excluyendo del foro público digital discursos políticamente incorrectos o molestos que, sin embargo, en el ámbito analógico estarían permitidos o incluso protegidos[43]. Así, se llegaría a la paradoja de que las RRSS serían más restrictivas que el ámbito analógico y se prestarían a la manipulación privada o pública (por persona interpuesta)[44].

Admitido que sobre todo por razones prácticas resulta imprescindible que la función de intermediación se extienda al control de los contenidos, la cuestión se centra en los límites y el control de este poder tan intenso. Una cuestión a la que la DSA no ha permanecido ajena y ha diseñado un sistema acumulado de garantías con las que trata de hacer frente a estos notables inconvenientes, que van desde la imposición a las plataforma de obligaciones de transparencia y control hasta el establecimiento de un sistema de recursos, cuya accesibilidad y operatividad están pendientes de ser contrastaoas a medida que el Reglamento se vaya aplicando. En cualquier caso, se trata de remedios inevitablemente *a posteriori* que difícilmente podrán compensarse ni siquiera con una decisión judicial favorable a las pretensiones de su autor[45] teniendo en cuenta la labilidad del valor de la comunicación (más si cabe en el ámbito digital) desde la óptica de la inmediatez.

Además de los efectos directos que la facultad de moderación tiene en relación con el discurso público, no resultan tampoco irrelevantes los que de manera indirecta se derivan, por ejemplo, de algunas prácticas como la utilización de herramientas automatizadas o el exceso de celo por parte de las plataformas, lo que en uno y otro caso, y «como efecto colateral», eventualmente pueden terminar por producir un indeseable efecto cancelatorio.

[43] Vázquez Alonso, V., «La censura...», *op. cit.,* p. 118.
[44] *Ibid*.
[45] Barata Mir, J., «Libertad de expresión..., *idem.*

CAPÍTULO 29

SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO Y SOLIDARIDAD EN EL REGLAMENTO SOBRE LA GESTIÓN DEL ASILO Y LA MIGRACIÓN

María Luz Martínez Alarcón
(Universidad de Castilla-La Mancha)
Catedrática de Derecho Constitucional

1. La reforma del sistema europeo común de asilo de 2024

Los Tratados originarios de las Comunidades Europeas no contenían normas de protección internacional. De la misma forma que había ocurrido con el control de fronteras y la inmigración, ámbitos especialmente sensibles para los Estados por su vinculación con la soberanía nacional, el derecho de asilo fue considerado durante mucho tiempo un dominio reservado a los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el ámbito regional europeo, el desarrollo de una política común de asilo se produce a partir de la década de los ochenta del siglo XX y aparece íntimamente ligado a la supresión de las fronteras interiores que trajo consigo la puesta en marcha del espacio Schengen. A partir de ese momento, se considera preciso formular una política común de asilo —también de gestión de las fronteras e inmigración— con el principal objetivo de evitar los movimientos secundarios de los solicitantes de protección internacional en dicho espacio (de excluir del beneficio de una Europa sin fronteras a quienes solicitaban o eran sujetos de protección internacional). Con el paso del tiempo, la política europea común de asilo de mínimos fue integrándose por un corpus normativo significativo dando lugar al denominado Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, SECA). El conjunto de normas que lo integran todavía no establece un esquema uniforme de protección internacional aplicable por parte de todos los Estados miembros, sino que sus disposiciones conviven con los diferentes sistemas nacionales de asilo, que regulan discrecionalmente aquellas cuestiones que el SECA no determina.

La crisis migratoria del año 2015 demostró la incapacidad del SECA para atenderla aplicando el principio de solidaridad y con respeto a los derechos de los solicitantes de protección internacional y esto obligó a la Unión a replantear el Espacio de Libertad,

Seguridad y Justicia; sus políticas de control fronterizo, de gestión de la inmigración y de protección internacional.

El 6 de abril de 2016 se publicó la Comunicación de la Comisión Europea *Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y una mejora de las vías legales hacia Europa*[1] anunciando una reforma del SECA con el objetivo de mejorar su eficiencia y justicia. Sus intenciones se plasmaron en dos paquetes de propuestas legislativas presentadas en mayo de 2016[2] y en julio de 2016[3]. Más adelante, el 12 de septiembre de 2018, la Comisión presentó una nueva propuesta para crear una Agencia de Asilo[4], que se concretó en el correspondiente Reglamento[5], y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (refundición)[6].

Las dificultades para alcanzar acuerdos en la materia en el seno del Consejo de la UE, en particular sobre la nueva norma de procedimientos y la modificación del Siste-

[1] COM (2016) 197 final, de 6.4.2016.

[2] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida [COM (2016) 270 final, de 4.5.2016], propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea por la que se deroga el Reglamento (UE) nº 439/2010 [COM (2016) 271 final, de 4.5.2016] y propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema Eurodac para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) nº 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida; y de la identificación de un nacional de un tercer país o apátrida en situación ilegal, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley [COM (2016) 272 final, de 4.5.2016].

[3] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional [COM (2016) 465 final, de 13.7.2016], propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria, y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración [COM (2016) 466 final, de 13.7.2016], propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE [COM (2016) 467 final, de 13.7.2016] y propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) nº 516/2014 del Parlamento y del Consejo [COM (2016) 468 final, de 13.7.2016].

[4] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 439/2010 [COM (2018) 633 final, de 12.9.2018].

[5] Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 439/2010 (DOUE L 468, de 30.12.2021).

[6] COM (2018) 634 final, de 12.9.2018. Esta norma no ha sido aprobada y, por lo tanto, actualmente, continúa vigente la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/09/CE del Consejo, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional (DO L 132, de 19.5.2011).

ma de Dublín (al que nos referiremos más adelante)[7], dieron lugar a la publicación de una Comunicación de la Comisión el 23 de septiembre de 2020 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*[8]. Este *Pacto* mantenía los compromisos previamente alcanzados entre el Parlamento Europeo y el Consejo con respecto a algunas de las propuestas legislativas del año 2016, pero venía acompañado de nuevos expedientes normativos sobre aquellas cuestiones en las que la negociación había encallado[9]. Se pretendía, de la misma forma que con la reforma impulsada en el año 2016, aliviar la carga de los países de la UE que recibían más migrantes, ofrecer un marco más justo y eficiente para el procesamiento de las solicitudes de asilo y reducir los desplazamientos secundarios. Pero también ponía de manifiesto la creciente preocupación por un control eficiente de los nacionales de terceros países en las fronteras. Finalmente, después de esperar ocho años para que los legisladores de la Unión alcanzaran un acuerdo, las nuevas normas del SECA —en su mayoría Reglamentos— se publicaron en el DOUE de 22 de mayo de 2024[10]. La aplicación de buena parte de sus contenidos ha

[7] Muy en particular, la falta de acuerdo sobre la reforma del Sistema de Dublín determinó el fracaso de reforma del conjunto del SECA en 2019.

[8] COM (2020) 609 final, de 19.9.2020.

[9] Propuesta de Reglamento por el que se establece un control de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores [COM(2020) 612, de 23.9.2020], propuesta modificada de Reglamento por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE [COM(2020) 611, de 23.9.2020], propuesta de Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración [COM(2020) 610, de 23.9.2020], propuesta modificada de Reglamento relativo a la creación del sistema «Eurodac» [COM(2020) 614, de 23.9.2020] y propuesta de Reglamento relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo [COM(2020) 613, de 23.9.2020].

[10] Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para los países que puedan acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE. Reglamento (UE) 2024/1379 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1148. Reglamento (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria en la Unión y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147. Reglamento (UE) 2024/1352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2019/816 y (UE) 2019/818 a efectos de la introducción del triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores. Reglamento (UE) 2024/1356 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se introduce el triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) nº 767/2008 (UE) 217/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817. Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) nº 604/2013. Reglamento (UE) 2024/1358 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de datos biométricos a efectos de la aplicación efectiva de los Reglamento (UE) 2024/1351 y (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 2011/55/CE del Consejo y de la identificación de nacionales de terceros países y apátridas en situación irregular,

quedado diferida en el tiempo por un periodo de dos años. Mientras tanto, continuarán aplicándose las normas que modifican o que sustituyen.

2. El Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración deroga el Sistema de Dublín

El conocido como Sistema de Dublín, regulado por tercera y última vez en el Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Reglamento Dublín III)[11], probablemente ha sido la pieza más relevante del conjunto normativo del SECA, pues lo primero para garantizar su correcto funcionamiento es determinar cómo se va a distribuir la responsabilidad de la protección internacional entre los Estados miembros. Al respecto, el Sistema de Dublín permite determinar cuál es el Estado de la Unión responsable —solo uno— de examinar una solicitud de protección internacional. Con ello se pretende evitar el fenómeno de los solicitantes en órbita que se produce cuando ningún Estado miembro se considera responsable del examen de sus solicitudes de asilo y, al tiempo, se impide al solicitante de asilo, tanto elegir el país en el que formular su solicitud de asilo, como formular varias o sucesivas solicitudes de asilo en diferentes Estados de la Unión. El objetivo final es evitar los movimientos secundarios por el territorio Schengen de los solicitantes de protección internacional. Hay que tener en cuenta que cuando se atribuye a un Estado miembro de la Unión la responsabilidad de examinar una solicitud de protección internacional, dicho Estado se hace cargo de decidir si la persona tiene la consideración de refugiado o si se le reconoce protección subsidiaria y debe atender todas sus necesidades de acogida y, en su caso, todas las cuestiones relativas a su integración en la sociedad de dicho Estado miembro si la decisión lo es en sentido positivo, o relativas a su retorno si la decisión lo es en sentido negativo.

---

y sobre las solicitudes de comparación con los datos Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) nº 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. Reglamento (UE) 2024/1359 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147. Directiva (UE) 2024/1346 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Sobre la evolución del proceso de negociación de estas normas (2020-2024) véase *El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los Derechos Humanos*, CEAR, Madrid, 2024, pp. 5-8. Una panorámica general sobre estas normas en Porras Ramírez, José María, «Blindar las fronteras de la Unión Europea para garantizar la libre circulación. El refuerzo del enfoque securitario en el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 205, 2024, pp. 57-90.

[11] DOUE L 180, de 29.6.2013.

El Sistema de Dublín nunca ha dado los resultados esperados, si bien sus fallos se fueron haciendo más evidentes con ocasión del paulatino incremento de los flujos migratorios y, en especial, en situaciones de crisis migratoria. Es un modelo que no ha evitado los movimientos secundarios por el territorio Schengen ni las solicitudes múltiples de protección internacional y, por tanto, ineficiente para alcanzar su finalidad última, y que ha sido considerado injusto por todos sus destinatarios (solicitantes de protección internacional y Estados miembros). Por los solicitantes de protección por no garantizar una protección internacional adecuada desde el punto de vista de los derechos humanos o por no atender a sus preferencias en el momento de identificar al Estado responsable y por parte de los Estados miembros como consecuencia del reparto desigual de responsabilidades al que conduce su diseño.

Centrándonos en esta última cuestión debemos recordar que, de conformidad con los criterios de jerarquía aplicables para discernir cuál es el Estado miembro responsable, la obligación suele recaer en el Estado por el que se produce la entrada en el territorio de la Unión, lo que concentra la presión del Sistema en los países con fronteras geográficas exteriores, desborda su capacidad de atender a los que llegan de forma adecuada y lo convierte en un mecanismo que no garantiza la distribución equitativa de las cargas derivadas de la protección internacional entre los diferentes sistemas de asilo. De esta forma, el modelo queda lejos de la exigencia del artículo 80 del TFUE, según la cual las políticas de la Unión mencionadas en el capítulo II («Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración»), del Título V («Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia»), y su ejecución, deben regirse por el principio de solidaridad y un reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros.

La reforma del Sistema de Dublín siempre ha resultado muy compleja. De hecho, la Comisión hubo de retirar su propuesta de modificación sobre el mismo del año 2016 para reemplazarla por un nuevo instrumento normativo en el marco del *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*. Finalmente, dentro de la reforma del SECA del año 2024, el Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, deroga el Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, es decir, deroga el Sistema de Dublín con efectos a partir del 1 de julio de 2026. El artículo 1 del nuevo Reglamento determina su objeto señalando que el mismo: a) establece un marco común para la gestión del asilo y la migración en la Unión y para el funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo; b) establece un mecanismo de solidaridad; c) establece los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional. Por consiguiente, uno de sus objetivos fundamentales consiste en garantizar el principio de solidaridad y el reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros de conformidad con el artículo 80 del TFUE. Este objetivo se concreta en la Parte II («Marco Común para la Gestión del

Asilo y la Migración») y en la Parte IV («Solidaridad») de la norma, pero también está relacionado con la Parte III de la norma («Criterios y mecanismos para la determinación del Estado miembro responsable»).

Sobre esta Parte III solo se puede ahora dejar apuntado que el criterio del primer país de entrada para determinar cuál sea el Estado responsable de examinar una solicitud de protección internacional se mantiene como un criterio por defecto y será el que, en la práctica, más se aplicará. En particular, porque las políticas nacionales de inmigración no facilitan la entrada en el territorio del Estado a través de la concesión de permisos de residencia o de visados, a lo que hay que sumar que la exención de visados es excepcional. Además, probablemente, la inclusión del nuevo criterio en el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración para atribuir la responsabilidad que contempla la posesión de diplomas o cualificaciones, probablemente, tenga poca aplicabilidad, pues posiblemente dará lugar a políticas restrictivas respecto a la posibilidad de viajar a territorio de un Estado miembro para obtener esos diplomas o cualificaciones para evitar que se utilicen como vía de entrada legal con el fin último de permanecer de forma irregular en el territorio nacional o solicitar protección internacional[12]. Asimismo, el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración ha ampliado el periodo de tiempo durante el que el primer país de entrada mantiene la responsabilidad de examinar de una solicitud de protección internacional de un año a veinte meses, salvo que el solicitante haya desembarcado en el territorio de un Estado miembro tras una operación de búsqueda y salvamento, en cuyo caso la responsabilidad cesará si la solicitud se registra más de doce meses después de la fecha en la que se produjo el desembarco. A ello habría que añadir que los Estados deberán examinar las solicitudes de protección internacional en plazos muy reducidos de tiempo[13]. Todo esto permite concluir que la presión migratoria y de la protección internacional seguirá concentrándose en los países con fronteras geográficas externas y por ello, en cierta forma para compensar esta situación, el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración introduce un mecanismo de solidaridad que constituye una de las grandes novedades del SECA.

[12] Un análisis detallado y valoración de los cambios introducidos por el Reglamento sobre Gestión del Asilo y la Migración en *ECRE Comments on the Regulation of the European Parliament and Migration Management, amending Regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and repealing Regulation (EU) nº 604/2013,* May, 2024.

[13] El procedimiento ordinario de examen de la solicitud de protección internacional debe concluir en un plazo de seis meses a partir de la fecha en la que se haya formalizado la solicitud, que se puede ampliar otros seis meses si concurren determinadas circunstancias (por ejemplo, que un número desproporcionado de nacionales de terceros países o apátridas formule una solicitud de protección internacional en el mismo período). Por su parte, la duración máxima del procedimiento fronterizo será de tres meses desde el momento en que se registre la solicitud hasta que el solicitante deje de tener derecho de permanencia y no se le permita permanecer, si bien se puede ampliar a 4 meses si se debe ejecutar un traslado [véase los artículos 35 y 51 del Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE].

3. El nuevo mecanismo de solidaridad en el Reglamento sobre la gestión y la migración

La crisis migratoria y humanitaria del 2015 puso de manifiesto, con toda su crudeza, el déficit de solidaridad del Sistema de Dublín y la necesidad de sustituirlo por otro modelo de gestión de las solicitudes de protección internacional ajustado a un reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros. Sin embargo, los incumplimientos de las cuotas de reubicación decididas en sede europea como medida de emergencia para afrontar aquella afluencia masiva de potenciales solicitantes de protección internacional que no encontraba respuesta a través de la aplicación ordinaria del SECA indicaron que su reforma no iba a resultar sencilla debido a la existencia de posiciones muy distintas entre los Estados miembros sobre la solidaridad, la migración y la protección internacional[14] y, asimismo, permitieron pronosticar que la nueva política que había que adoptar —con sus correspondientes concreciones normativas— no iba a ser una política de máximos desde el punto de vista del principio de solidaridad. Así ha sucedido finalmente, como vamos a tener ocasión de comprobar, con las normas aprobadas que traen su origen del *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*.

3.1. El contingente anual de solidaridad

La lectura del Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración permite distinguir entre las situaciones que podríamos denominar de normalidad migratoria y aquellas otras de «presión migratoria» o de «riesgo de presión migratoria» o de «situación migratoria importante». Su mecanismo de solidaridad solo se aplica en estos últimos casos y, presumiblemente, uno de los primeros problemas que planteará su aplicación, a pesar de que el artículo 10 de la norma indica los factores que la Comisión ha de tomar en consideración para resolver al efecto, tendrá que ver, teniendo en cuenta la falta de previsión de criterios objetivos, con la identificación de las situacio-

[14] La falta de cumplimiento de las cuotas de reubicación por parte de los Estados miembros se tradujo, rápidamente, en un repliegue a soluciones nacionales insolidarias que consistieron en un restablecimiento de controles y limitaciones de acceso en determinadas fronteras interiores del espacio Schengen. Además, se modificaron determinados sistemas nacionales de protección internacional endureciéndolos (incluso países que tradicionalmente se habían mostrado generosos en la recepción de refugiados sirios, como Alemania, Austria y Noruega, comenzaron a endurecer sus sistemas nacionales de asilo). La situación humanitaria alcanzó tal gravedad que la alternativa de la externalización del control de fronteras y de la gestión de la protección internacional a través de la cooperación con Turquía se convirtió en la alternativa para responder a la presión migratoria que soportaba Grecia; sobre el tema Martínez Alarcón, María Luz, *La política europea de protección internacional. Sistema Europeo Común de Asilo*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 232-233.

nes de «presión migratoria» o de «riesgo de presión migratoria» o de «situación migratoria importante»[15].

El mecanismo de solidaridad previsto para implementar el principio de solidaridad es el contingente anual de solidaridad y las medidas concretas de solidaridad son la reubicación, las contribuciones financieras y, en su caso, las contribuciones alternativas (y en un segundo nivel se prevén las denominadas compensaciones de responsabilidad). La solidaridad se articula de forma preceptiva y flexible. Preceptiva porque los Estados miembros aparecen obligados a participar en el contingente anual de solidaridad. Flexible porque los Estados miembros cuentan con plena discrecionalidad para elegir entre las dos herramientas (reubicaciones o contribuciones financieras) o, con el consentimiento del Estado miembro beneficiario, por contribuciones alternativas (o por una combinación de todas ellas).

La fijación del contingente de solidaridad se produce anualmente sobre la base de una propuesta de la Comisión y una decisión del Consejo de la Unión Europea. Con más precisión, la Comisión Europea elabora anualmente un *informe*, en el que valora la situación en materia de asilo, acogida y migración durante los doce meses anteriores y cualquier posible evolución con los datos que proporcionen las instituciones mencionadas en el Reglamento y los propios Estados miembros, una *decisión de ejecución* en la que indica los Estados miembros que se encuentran en las situaciones que les permiten beneficiarse del mecanismo de solidaridad (presión migratoria, riesgo de presión migratoria o situación migratoria importante)[16] y una *propuesta* en la que determina qué medidas de solidaridad y en qué cantidad (en el caso de las reubicaciones) o cuantía (en el caso de las contribuciones financieras) resultarán probablemente precisas para el siguiente ciclo anual[17]. El Reglamento prevé unos umbrales mínimos que en todo caso ha de respetar la propuesta de la Comisión (aunque pueda proponer cifras superiores): 30.000 en el caso de las reubicaciones y 600.000.000 EUR en el caso de las contribuciones financieras. Además, la propuesta incluirá también las contribuciones indicativas anuales para cada Estado miembro aplicando la clave de referencia establecida en el ar-

[15] La falta de claridad en la definición de estas situaciones y la ausencia de criterios objetivos aplicables que permitan distinguir de una forma previsible cuándo nos encontramos ante alguna de dichas situaciones planteará dudas sobre su existencia y, por lo tanto, sobre la posibilidad de utilizar el mecanismo de solidaridad. Véase, al respecto, el artículo 2.24) del Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, que define «presión migratoria» y el artículo 2.25) del mismo texto que define «situación migratoria importante».

[16] Para componer esta decisión de ejecución consultará a los Estados miembros de que se trate. Cuando, durante los últimos doce meses, un Estado miembro se haya enfrentado a un gran número de llegadas debido a desembarcos recurrentes tras operaciones de búsqueda y salvamento, la Comisión considerará que dicho Estado miembro está sujeto a presión migratoria, siempre que dichas llegadas sean de tal magnitud que creen obligaciones desproporcionadas incluso sobre el sistema de asilo, acogida y migración bien preparado del Estado miembro de que se trate. De nuevo, la norma se caracteriza por su imprecisión en este punto (¿cuál es esa magnitud?).

[17] En esta propuesta también establece el porcentaje indicativo del contingente anual de solidaridad que se debe poner a disposición de los Estados miembros sujetos a presión migratoria como consecuencia de un gran número de llegadas derivadas de desembarcos recurrentes tras operaciones de búsqueda y salvamento.

tículo 66 del Reglamento que atiende al tamaño de la población y al PIB total (con una ponderación del 50% en ambos casos[18]). Los tres documentos —informe, decisión de ejecución y propuesta— han de quedar listos, a más tardar, antes del 15 de octubre de cada año. El informe y la decisión de ejecución permiten a la Comisión realizar un diagnóstico de la situación e identificar los Estados con necesidades y, con esa información, plantear una propuesta adaptada a las necesidades migratorias del momento. La Comisión mantendrá informado al Parlamento Europeo[19]. Como se puede comprobar, el papel que la Comisión desempeña en el marco del mecanismo de solidaridad es muy importante y, aunque tradicionalmente se le ha requerido para que desempeñe un papel más activo en el seguimiento y la evaluación de la aplicación del SECA, esta regulación plantea algunos riesgos asociados a la amplia discrecionalidad de la que dispone en el ejercicio de las facultades apenas mencionadas (por ello se ha subrayado la importancia de que la Comisión realice una evaluación justa y equilibrada de las necesidades de solidaridad).

Recibida la propuesta de la Comisión, el Foro de alto nivel de la UE sobre solidaridad que el Reglamento crea en el seno del Consejo se reúne en un plazo de quince días desde que la Comisión presenta su informe, su decisión de ejecución y su propuesta de acto de ejecución del Consejo por el que se establece el contingente anual de solidaridad, con el objetivo de aprobar, por mayoría cualificada, el acto de ejecución del Consejo que establezca el contingente anual de solidaridad. Este contingente determina las medidas de solidaridad anuales concretas (reubicaciones, contribuciones financieras y medidas de solidaridad alternativas) que serán necesarias para el siguiente año y los compromisos específicos asumidos por cada Estado miembro[20] (para ello se aplicará la clave de referencia del artículo 66 del Reglamento que atiende al tamaño de la población y al PIB total, ponderando cada una de estas variables en un 50%). En la adopción de esta decisión de ejecución, se podrá modificar la propuesta de la Comisión, pero cuando el compromiso global no alcance la cuantía de 30.000 reubicaciones o de 600.000.000 EUR para las contribuciones financieras, o cuando los compromisos individuales para cada Estado miembro sean inferiores al 60% de lo que les correspondería aplicando la

[18] La fórmula matemática para el cálculo de esta clave de referencia se encuentra en su Anexo.

[19] Le remitirá su informe (artículo 9, apartado 4), su decisión de ejecución (art. 11, apartado 4) y su propuesta (art. 12, apartado 6). Otros preceptos de la norma se refieren, asimismo, a la información al Parlamento Europeo sobre diferentes cuestiones, que resulta fundamental para que este pueda realizar su función de control (art. 58, apartado 1; art. 59, apartado 5; art. 61, apartado 3; art. 62, apartado 4; art. 79; art. 84). Por cierto, según el artículo 12, apartado 6, hasta la adopción del acto de ejecución del Consejo, la propuesta de la Comisión no se hará pública (sí se informará de ella al Parlamento Europeo). Se clasificará como «RESTREINT UE/EU RESTRICTED» y se manejará como tal de conformidad con la Decisión 2013/488/UE del Consejo, de 23 de septiembre de 2013, sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE.

[20] El artículo 57, apartado 2, del Reglamento prevé que, en caso necesario, el acto de ejecución del Consejo establecerá también el porcentaje indicativo del contingente anual de solidaridad que podrá ponerse a disposición de los Estados miembros sometidos a presión migratoria como consecuencia de un gran número de llegadas derivadas de desembarcos recurrentes tras operaciones de búsqueda y salvamento.

clave de referencia recogida en el artículo 66 del Reglamento, los Estados miembros vendrán obligados a completar sus compromisos mediante «compensaciones de responsabilidad», a las que nos referiremos más adelante. El acto de ejecución por el que se establece el contingente anual de solidaridad se aprobará antes de que finalice el año natural[21].

3.2. Las medidas de solidaridad

Los diferentes tipos de medidas de solidaridad que se pueden incluir en el contingente anual de solidaridad —reubicaciones, contribuciones financieras y contribuciones alternativas— tienen igual valor. Se reitera, además, que los Estados miembros cuentan con plena discrecionalidad para elegir entre los tipos de medidas previstas por el Reglamento o por una combinación de ellas. Luego, un Estado miembro puede, o bien recibir la parte alícuota de peticionarios de protección internacional a través de la reubicación, o bien pagar una cantidad por cada reubicación no admitida (por ejemplo, en el caso de 30.000 reubicaciones y 600.000 EUR en contribuciones financieras, se hablaría de 20.000 euros por reubicación no admitida[22]). Como vía secundaria de responsabilidad se contemplan las «compensaciones de responsabilidad».

La reubicación consiste en el traslado de un solicitante o beneficiario de protección internacional del territorio de un Estado miembro beneficiario al territorio de un Estado miembro contribuyente y no es una medida desconocida para la Unión. De conformidad con el Reglamento, beneficiarios de la reubicación serán, principalmente, los solicitantes de protección internacional (se debe prestar una atención primordial a las personas más vulnerables) y las personas que ya disfrutan de protección internacional (si así lo acuerdan bilateralmente el Estado miembro contribuyente y el Estado miembro beneficiario, si hay acuerdo del afectado y si este consiguió la protección internacio-

[21] El cumplimento de los compromisos asumidos por cada Estado en el mismo se puede exceptuar cuando: i) se trata de Estados miembros que se encuentran en alguna de las situaciones que les permiten beneficiarse del mecanismo de solidaridad (ello requiere que dicho Estado pida una reducción total o parcial de su contribución comprometida lo que, como se ha señalado, va a obligar a dichos Estados a estar permanentemente solicitando deducciones de su cuota obligatoria); ii) por la parte de los Estados contribuyentes, estos no están obligados a cumplir sus compromisos de solidaridad con un Estado miembro beneficiario en el que la Comisión haya detectado deficiencias sistémicas con respecto a las normas establecidas en la parte III del presente Reglamento («Criterios y mecanismos para la determinación del Estado miembro responsable) que puedan tener consecuencias negativas graves para el funcionamiento del Reglamento; iii) se impide también al Estado miembro beneficiario utilizar la medida de solidaridad de reubicación respecto de aquellas personas con respecto a las cuales existen motivos razonables para considerar que representan una amenaza para la seguridad interior. Véase los artículos 60 y 67 del Reglamento.

[22] La cifra de los 600 millones de euros se obtuvo multiplicando 30.000 (número mínimo de reubicación que deben recogerse en la propuesta de la Comisión) por 20.000 euros. Durante las negociones se consideró que esta última cuantía era el equivalente económico al gasto que suponía una reubicación.

nal menos de tres años antes de la adopción del acto de ejecución del Consejo por el que se establece el contingente anual de solidaridad). El proceso de reubicación tendrá en cuenta la existencia de «vínculos significativos», pero el inmigrante no tiene derecho a elegir un Estado miembro de reubicación.

Las contribuciones financieras[23] consisten en transferencias de importes de los Estados miembros contribuyentes al presupuesto de la Unión y pueden destinarse a apoyar distintas acciones en los Estados miembros beneficiarios: acciones relacionadas con la migración, la acogida, el asilo, la reintegración previa a la salida, la gestión de las fronteras y el apoyo operativo, de apoyo a acciones en terceros países o en relación con ellos que podrían repercutir directamente en los flujos migratorios en las fronteras exteriores de los Estados miembros o mejorar el sistema de asilo, de acogida y de migración del tercer país de que se trate, incluidos los programas de retorno voluntario asistido y reintegración[24]. Los Estados miembros beneficiarios determinarán las medidas que puedan financiarse con las contribuciones financieras y las presentarán al Foro de nivel técnico.

Además, los Estados miembros contribuyentes tienen la posibilidad, a petición del Estado miembro beneficiario, de aportar contribuciones alternativas de solidaridad, que se contabilizarán como solidaridad financiera atribuyéndoles un valor financiero realista. Se trata de medidas en el ámbito de la migración, la acogida, el asilo, el retorno, la reintegración y la gestión de fronteras, centradas en el apoyo operativo, el desarrollo de capacidades, los servicios, el apoyo al personal, las instalaciones y el equipo técnico. Si la Comisión, tras consultar al Estado miembro de que se trate, considera que son necesarias las medidas indicadas por el Estado en cuestión, las indicará en su propuesta de acto de ejecución del Consejo por el que se establezca el contingente anual de solidaridad. En cualquier caso, los Estados miembros mantienen la posibilidad de comprometerse con este tipo de medidas, aunque no hayan venido reflejadas en la propuesta de la Comisión y recogerlas en el acto de ejecución en el que aprueben el contingente anual de solidaridad. Cuando el Estado miembro beneficiario no solicita dichas medidas en un año determinado, se convierten en contribuciones financieras al final del año.

[23] El Reglamento atribuye a la Comisión el deber de adoptar un acto de ejecución relativo a las normas de funcionamiento de estas contribuciones financieras.

[24] Artículo 56, apartado 2, letra b), del Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración. El artículo 56, apartado 3, del Reglamento también dispone en qué, en particular, se centrarán las contribuciones financieras para proyectos en terceros países: a) Aumentar la capacidad de asilo y acogida en terceros países, también mediante el refuerzo de las capacidades y los conocimientos especializados humanos e institucionales; b) promover la migración legal y una movilidad bien gestionada, también mediante el refuerzo de las asociaciones bilaterales, regionales e internacionales por lo que respecta a la migración, los desplazamientos forzosos, las vías legales y las asociaciones de movilidad; c) apoyar el retorno voluntario asistido y los programas de reintegración sostenible de los migrantes retornados y sus familias; d) reducir las vulnerabilidades causadas por el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos, así como programas de lucha contra el tráfico ilícito y la trata; e) apoyar las políticas de migración eficaces y basadas en los derechos humanos.

Por otro lado, el Reglamento recoge una medida de solidaridad de segundo nivel, las compensaciones de responsabilidad, un elemento que se incluyó durante la Presidencia checa en el año 2022[25]. Consisten en la transferencia de la responsabilidad del examen de una solicitud de protección internacional de la que el Estado miembro beneficiario es responsable al Estado miembro contribuyente. Afecta exclusivamente a los solicitantes *in situ* (que se encuentran en el Estado miembro contribuyente). O, lo que es lo mismo, la compensación de responsabilidad implica la asunción de la responsabilidad del examen de un solicitante *in situ* por el Estado miembro en el que se encuentra la persona aunque, según la normativa vigente, la responsabilidad recaiga en otro Estado miembro (el Estado miembro beneficiario). Así, en lugar de intentar devolver al solicitante al Estado miembro beneficiario responsable, el Estado miembro contribuyente asume el examen de su solicitud de asilo. Esta herramienta se configura de formas distintas y pretende incentivar la adopción del compromiso de al menos un determinado número de reubicaciones e incitar a que los compromisos de reubicación se cumplan. En concreto, se articulan, según el supuesto, en compensaciones de responsabilidad voluntarias (pueden ser solicitadas por el Estado miembro beneficiario u ofrecidas por el Estado miembro contribuyente) o en compensaciones de responsabilidad obligatorias. Las voluntarias se prevén en los supuestos en los que los compromisos de reubicación alcanzan un determinado nivel. Las obligatorias se prevén en los casos en los que los compromisos de reubicación quedan por debajo de un determinado nivel y se consideran por tanto insuficientes.

En cuanto a las voluntarias, se prevén dos posibilidades atendiendo a qué Estado miembro solicita la compensación. Cuando los compromisos de reubicación indicados en el acto de ejecución del Consejo sean iguales o superiores al 50% al número indicado en la propuesta inicial de la Comisión, el Estado beneficiario, en lugar de reubicaciones, podrá solicitar a uno contribuyente que se haga cargo del examen de un número de solicitudes de protección internacional de las que es responsable el Estado beneficiario, cuyos solicitantes se encuentran en el territorio del Estado contribuyente. Además, un Estado miembro contribuyente puede ofrecer compensaciones de responsabilidad en lugar de reubicaciones, bien cuando los compromisos de reubicación indicados en el acto de ejecución del Consejo sean iguales o superiores al 50% al número indicado en la propuesta inicial de la Comisión, bien cuando el Estado miembro contribuyente haya comprometido como reubicaciones, en el acto de ejecución del Consejo, el 50% o más

[25] Teniendo cuenta la complejidad en el diseño de la medida, hubiera sido conveniente una explicación más detallada de la misma en los considerandos de la norma para facilitar su comprensión a los ciudadanos y a los operadores jurídicos. Para esta autora ha resultado muy útil la explicación en *ECRE Comments on the Regulation of the European Parliament and Migration Management...*, ob. cit. Este mismo documento menciona las preocupaciones que surgen con respecto a la transparencia del proceso utilizado para seleccionar a los solicitantes a los que se aplicarán las compensaciones de responsabilidad. Probablemente sería preciso atribuir un papel a la Agencia de Asilo de la UE en el proceso de selección (también en la selección de las personas que serán reubicadas debido a la aplicación del mecanismo de solidaridad).

de su cuota obligatoria al contingente anual de solidaridad calculada según la clave de referencia del artículo 66 del Reglamento. El Estado miembro beneficiario debe aceptar la oferta del Estado miembro contribuyente para que la compensación de responsabilidad se pueda utilizar.

En cuanto a las obligatorias, el Estado miembro contribuyente asumirá la compensación por responsabilidad cuando los compromisos de reubicación establecidos en el acto de ejecución del Consejo por el que se establece el contingente anual de solidaridad: a) bien sean inferiores a 30.000 reubicaciones, b) bien sean inferiores al 60% del número de referencia utilizado para calcular el reparto equitativo obligatorio para la reubicación en cada Estado miembro a efectos de la creación del contingente anual de solidaridad. En este supuesto, se asumirán compensaciones de responsabilidad hasta el mayor de los dos números a que se refieren las letras a) y b)[26].

Finalmente, si un Estado miembro no cumple los compromisos de reubicación durante el año de implementación asumirá, a petición del Estado miembro beneficiario, compensaciones de responsabilidad hasta alcanzar el número de reubicaciones comprometidas tan pronto como sea posible después de que termine el año en cuestión[27].

4. Valoración final

El proceso de reforma de la regulación de la protección internacional en la Unión Europea ha resultado complejísimo como consecuencia de la diversidad de intereses y de las diferentes interpretaciones de la cuestión migratoria, en clave de seguridad o en clave de protección de los derechos humanos. Los países del norte y centro de Europa, los más deseados como destino final por parte de los inmigrantes, pusieron el acento en el refuerzo del control en frontera y en la previsión de mecanismos que impidieran los movimientos secundarios de los solicitantes de protección internacional por el territorio de la Unión (pidieron, por ejemplo, que no cesara la responsabilidad una vez determinado el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de protección internacional, si bien esto ha quedado, con carácter general, en una ampliación del periodo a partir del cual se produce dicho cese). Los países del sur, con frontera exterior geográfica, hicieron hincapié en la necesidad de articular la cuestión migratoria y la protección

[26] También se asumirá de forma preceptiva esta compensación de responsabilidad cuando los compromisos que vayan a ejecutarse durante un año determinado sean inferiores al mayor de los dos números mencionados en las letras a) o b) como resultado de deducciones totales o parciales concedidas de conformidad con lo que disponen los artículos 61 o 62 del Reglamento, o porque los Estados miembros beneficiarios a los que se refieren los artículos 58, apartado 1, y 59, apartado 4, del Reglamento, no estén obligados a ejecutar sus contribuciones de solidaridad comprometidas para el año en cuestión.

[27] Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, los Estados miembros con sistemas de asilo más restrictivos y que se han mostrado contrarios al sistema de reubicaciones no suelen ser destino de preferencia para aquellos que pretenden solicitar protección internacional (por lo tanto, no se suelen desplazar a ellos).

internacional sobre el principio de solidaridad. Los países del este defendieron una versión dura contra la inmigración y se mostraron reacios a compartir responsabilidades en la materia. Finalmente, las normas de reforma del SECA publicadas en el DOUE en mayo de 2024 son el resultado de un acuerdo de último momento sobre los expedientes más conflictivos que se adopta inmediatamente antes de la celebración de las elecciones al Parlamento Europeo del 9 de junio de ese año que anunciaban, lo que finalmente ha sucedido, un incremento de las posturas duras contra la inmigración en la Eurocámara[28]. Pero es una reforma que nace debilitada por varios factores. Por un lado, consiguió una exigua mayoría en el Parlamento Europeo (300 votos favor y 270 en contra). Por otro, hay que mencionar el descontento de los Estados implicados en el proceso de negociación y de los destinatarios de las normas y de las organizaciones no gubernamentales que apoyan a los solicitantes de asilo. Todos ellos, desde sus diferentes enfoques migratorios, consideran que sus contenidos han quedado lejos de sus expectativas. De hecho, inmediatamente después de su aprobación se ha comenzado a hablar de la necesidad de su reforma. En este sentido, el Pacto no va a poner fin a años de tensiones entre los países europeos en la materia. Va a continuar siendo un tema tóxico a nivel europeo y nacional por la facilidad de instrumentalizarlo para movilizar a la opinión pública, en particular por parte de las fuerzas radicales populistas y de extrema derecha.

Desde que se planteó la reforma de las normas del SECA, allá por el año 2016, han sumado más peso las políticas migratorias y de protección internacional restrictivas, pasando a un segundo plano la protección de las personas. Buena prueba de ello es que, en el marco del *Pacto*, los primeros acuerdos se alcanzaron sobre las normas relativas al control de fronteras (Reglamento que introduce el triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y Reglamento Eurodac) y, solo más tarde y con grandes dificultades, llegaron los acuerdos para aprobar los Reglamentos que ponen el acento en el principio de solidaridad, esto es, el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración y el Reglamento por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo[29]. Además, las normas fueron impregnándose, cada

[28] Las negociaciones se intensificaron a finales del 23 ante la cercanía de las elecciones europeas porque todas las partes eran conscientes de que, en la próxima legislatura, con un aumento de la extrema derecha en el Eurocámara sumado a un viraje a la derecha en todo el continente, sería aún más complicado alcanzar acuerdos en esta materia. Por ello, los defensores de la aprobación del *Pacto* afirmaron que votar contra el mismo era dar una victoria a la extrema derecha europea. López Aguilar, que pilotó el expediente relativo a la gestión de crisis, sostuvo en su momento que el *Pacto* iba a dar lugar, por fin, a una legislación europea predecible donde solo había habido acción-reacción. Y, aunque admitió que el resultado tenía limitaciones, consideró que ofrecía garantías jurídicas que valoraba positivamente.

[29] Al respecto se ha señalado que, aunque el *Pacto* se justifica continuamente en la responsabilidad y en la solidaridad, en realidad, regula mucho más claramente la responsabilidad (qué debe hacer cada Estado ante las llegadas irregulares a su territorio) que la solidaridad (cómo se reparte la carga de la gestión y la acogida de los solicitantes). Las responsabilidades son claras y están bien definidas, pero la solidaridad queda perfilada a través de un sistema muy complejo en el que los Estados miembros obligados a apoyar a los de entrada tienen tantas alternativas a su disposición que resulta poco claro o predecible cómo se va a concretar dicha solidaridad; González

vez más, de menciones a la externalización de la gestión del fenómeno migratorio y de la protección internacional.

El Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración es, como ya se dijo respecto al Sistema de Dublín, «el resultado de un equilibro precario de fuerzas entre países miembros con intereses muy diferentes»[30]. Este nuevo Reglamento, a pesar de la necesidad de sustituir el Sistema de Dublín por otro modelo, no ha modificado sustancialmente los criterios aplicables para determinar cuál es el Estado responsable de examinar una solicitud de protección internacional, con la consecuencia de que la carga del sistema seguirá recayendo en los Estados miembros con fronteras geográficas externas lo cuales han visto, además, cómo se ha incrementado su responsabilidad por comparación con la norma anterior (por ejemplo, con el aumento del periodo de cese de su responsabilidad, salvo en los casos de desembarco consecuencia de operaciones de salvamento marítimo).

Esta situación se ha tratado de compensar, sin excesivo éxito debido al alcance limitado de la solución propuesta, con la creación de un mecanismo de solidaridad: el contingente anual de solidaridad, en el que se determinan las medidas de solidaridad concretas que serán necesarias para el siguiente año y los compromisos específicos asumidos por cada Estado miembro. Estas medidas consisten en reubicaciones, contribuciones financieras y medidas de solidaridad alternativas (también se han previsto, como medidas de solidaridad de segundo nivel, las compensaciones de responsabilidad). La participación de los Estados miembros en el contingente es preceptiva, lo cual debe valorarse de forma positiva, pero disponen de plena discrecionalidad para decidir cuál de ellas van a utilizar (solidaridad «a la carta»). El Reglamento atribuye igual valor a los distintos tipos de solidaridad.

La cuantía anual mínima de reubicaciones y contribuciones financieras que debe reflejar la propuesta de la Comisión es claramente insuficiente atendiendo a los datos del fenómeno migratorio de los últimos años y, además, el Consejo puede modificarla a la baja (aunque la herramienta de la compensación de responsabilidad podría ser disuasoria en este sentido). Y la opción entre las distintas medidas de solidaridad, así como la opción sobre cuál sea el destino de las contribuciones financieras[31], permitirá realizar

---

Enríquez, Carmen, *El Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea. Contexto, desafíos y limitaciones*, Real Instituto Elcano, publicado el 10 de mayo de 2024. Esta autora ha señalado que el objetivo del *Pacto* nunca ha sido facilitar el asilo, sino establecer un mayor control de la entrada y profundizar en la externalización de la gestión de la migración y de la protección internacional.

[30] Garcés-Mascareñas, B., «Por qué Dublín no funciona», *Notes Internationals CIDOB,* 135, noviembre de 2015, p. 3.

[31] No es lo mismo que las contribuciones financieras apoyen el control de las fronteras o la acogida o que, en lo que hace a las relaciones con terceros países, busquen el retorno acelerado de los inmigrantes en una situación administrativa irregular y/o la externalización de la gestión de la protección internacional o que persigan frenar las causas que provocan los movimientos migratorios. Preocupa, en especial, la opción de canalizar la gestión de la migración a través de terceros países, por un parte, porque puede dar desembocar en una mera abolición del derecho de asilo y, por otro, porque los países con los que por el momento se han concluido acuerdos no son países respetuosos con los derechos humanos.

interpretaciones distintas y una aplicación diferente del Reglamento por parte de los Estados miembros que pondrá una vez más de manifiesto la existencia de distintos enfoques, incluso antagónicos y por ello difícilmente reconciliables, sobre cómo hay que abordar la protección internacional en la Unión Europea[32].

El Reglamento de Gestión del Asilo y la Migración también plantea dificultades en relación con la efectiva implementación del mecanismo de solidaridad, tanto desde un punto de vista jurídico como desde un punto de vista político. Desde el punto de vista jurídico, se plantea un problema de seguridad jurídica como consecuencia de la dificultad de deslindar cuándo concurren los supuestos que permiten su aplicación (presión o riesgo de presión migratoria o situación migratoria importante), lo que conduce a una falta de previsibilidad con respecto a su aplicación. Pero interesa en particular destacar que desarrolla un procedimiento muy complejo que requiere de un engranaje institucional bien engrasado, en el nivel europeo y en el nivel estatal, y con recursos suficientes para implementarlo en los breves plazos de tiempo que establece. Su complejidad puede afectar a su correcto funcionamiento y, en consecuencia, a la efectividad del mecanismo. Por otra parte, la falta de cumplimiento del Derecho de la Unión no puede ser solo la consecuencia de una falta de capacidad de los Estados miembros para cumplir, sino también de una falta de voluntad política de cumplir. Y también desde esta perspectiva puede peligrar la efectiva implementación del mecanismo. De hecho, se ha puesto en duda que las normas del *Pacto* puedan entrar efectivamente en vigor en su conjunto en el verano de 2026. Tampoco el contexto internacional parece que ayudará a implementar de forma correcta, ni el Pacto en general, ni el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración en particular[33].

Finalmente, el refuerzo de las posiciones sobre la externalización de la gestión del fenómeno migratorio en el *Pacto* se refleja en el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración. Esta norma expresa un enfoque integral con componentes internos y externos y, de esta forma, abre posibilidades a la externalización de la gestión de la pro-

[32] Como ha defendido CEAR, en su informe *El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los derechos humanos*, Madrid, 2024, España debería asumir un enfoque del mecanismo —en realidad de todas las normas del *Pacto*— en clave de protección de las personas y no en clave de seguridad. Por ejemplo, aprovechando la discrecionalidad que ofrece el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración para que cualquier contribución financiera se emplee en reforzar los sistemas de acogida y asilo y los Estados miembros.

[33] Se ha recordado que Hungría ostentará la Presidencia del Consejo en la segunda mitad del año 2024, seguida en el 2025 por Polonia y Dinamarca, dos Estados que se oponen al *Pacto*. Se ha pronosticado que ninguno de estos tres Estados va a ser muy activo en la promoción del Pacto, al menos no de las partes con las que menos se identifican. Y se ha añadido que la previsible composición del Parlamento Europeo surgido de las elecciones de 2024, con más fuerzas a favor de un discurso duro y en términos securitarios de la migración (así ha sucedido finalmente), planteará discursos contrarios al *Pacto* y menos consensos en relación con la presión que puede ejercerse para su efectiva puesta en marcha. Por otra parte, la creciente inestabilidad en África, especialmente en la zona del Sahel, en Oriente Medio (Palestina) y en Europa del Estado (Ucrania) permite pronosticar un aumento de los movimientos hacia la Unión Europeo y de las tensiones políticas dentro de los Estados y entre los Estados en la gestión del asilo; González Enríquez, Carmen, *El Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea. Contexto, desafíos y…*, ob. cit.

tección internacional en relación con su contenido. Esta externalización supone una cierta elusión de la responsabilidad y obligaciones por parte de la Unión en materia de protección internacional y, aunque, por poner un ejemplo, puede pensarse en que las medidas del mecanismo de solidaridad de naturaleza externa se puedan utilizar para combatir las causas que generan los movimientos migratorios —guerras, pobreza, desastres ambientales...—, lo cierto es que lo acontecido con ocasión de la firma de acuerdos con países terceros en materia migratoria suscita una preocupación, muy justificada, respecto a cuáles pueden ser sus consecuencias desde el punto de vista de la protección internacional.

Para terminar, se puede concluir que el diseño del Pacto no responde, primordialmente, al enfoque humanitario (a la protección de las personas). Pero, por otro lado, su incorrecta implementación puede provocar un repliegue hacia posiciones aún más restrictivas en cada Estado y a un refuerzo de la tesis de la externalización de la gestión del fenómeno migratorio. Por ello resultaría conveniente conseguir un correcto funcionamiento del mismo —muy difícil teniendo en cuenta las dificultades mencionadas— que utilizara un enfoque primordialmente humanitario o sustentado en la protección de los derechos humanos, pues el *Pacto*, a pesar de sus limitaciones, ofrece algunas herramientas para ello (el Reglamento sobre la Gestión el Asilo y la Migración es un ejemplo[34]). La Unión Europea y los Estados miembros tienen la responsabilidad al respecto, pero el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dialogando con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debería ser fundamental para aportar interpretaciones humanitarias a las nuevas normas de protección internacional cuando estas comiencen a aplicarse.

[34] Esta norma prevé la colaboración con terceros países en migración y protección internacional, pero indica que dicha colaboración ha de basarse en los derechos humanos, el Estado de Derecho y el respeto a los valores comunes de la Unión. Sobre los componentes internos y externos de este enfoque integral en este Reglamento véase, respectivamente, sus artículos 4 y 5. El artículo 5 señala que la creación de asociaciones ha de respetar plenamente el Derecho internacional y de la Unión Europea y se debe asentar en el respeto a los derechos humanos. Por su parte, el considerando 18 de la norma prevé la aplicación de la condicionalidad financiera también en este ámbito (los Estados miembros y la Comisión han de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y la conformidad con la CDFUE en la ejecución de las acciones financiadas por las contribuciones financieras —condicionalidad financiera—).

PARTE VII
ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO AUTONÓMICO

CAPÍTULO 30
LA CUESTIÓN CATALANA DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

Juan José Solozabal Echavarria
(Universidad Autónoma de Madrid)
Catedrático emérito Derecho Constitucional

1. Introducción y propósito

En relación con el tema propuesto, esto es, la cuestión catalana desde el punto de vista constitucional, voy a comentar cuatro aspectos que son los siguientes. En primer lugar, voy a defender brevísimamente, diríamos, las razones que hay para el optimismo, que asumen que la independencia no puede ser defendible desde un punto de vista de superior razonabilidad, de modo que pueda considerarse que lo más sensato o lo inevitable fuese la secesión. La segunda tesis argüirá que constitucionalmente no es posible la independencia ni la autodeterminación, se defiendan de modo franco o solapado. La tercera cuestión es que la independencia es posible si se modifica la Constitución, de manera que discreparé de algunas voces amigas, pues ante el problema catalán no ha ocurrido como sucedió cuando el disparate de Ibarretxe y se salió en tromba denunciándolo. Eso no ha ocurrido con el caso de Cataluña, y entonces se producen discrepancias preocupantes como la de pensar que nuestra Constitución no puede reformarse en un sentido que haga posible el ejercicio de la autodeterminación, o que el reconocer la realidad nacional en la Constitución también sería una invitación a superar el marco constitucional animando al independentismo, de manera que se confunde la Constitución y el orden constitucional y una cosa es la Nación y otra cosa es el separatismo. La cuarta cuestión sería si mientras reformamos la Constitución y ustedes se piensan lo de la autodeterminación se podría alcanzar un acuerdo o arreglo en el que ustedes pueden sentirse más cómodos y nosotros intentamos hacernos a la idea de que la separación pueda ocurrir: ese arreglo es la reforma federal explícita con innovaciones no tanto en el aspecto competencial, o la de la Constitución financiera, o las competencias lingüísticas, sino en el plano de la integración. La Constitución es una norma de organización pero

es una norma de integración y yo creo que las palabras tienen mucha importancia y ahí creo que cabe hacer alguna cosa, determinando un camino de reforma. De manera que esto es lo que yo voy a tratar.

2. El contexto categorial de la cuestión catalana: la globalización, la crisis integradora de las formas federativas y la erosión del valor normativo de la Constitución

Pero antes sería interesante referirnos al contexto intelectual de esta problemática. Estamos *en tiempos de globalización* en los que pierde importancia el argumento nacionalista, pues se produce la mundialización del espacio político. El poder del Estado cede sus atributos soberanos tradicionales, de modo que no se identifica totalmente con el poder público, y pierde su exclusividad e irresistibilidad. Declina la misma idea de Constitución como regulación exhaustiva de lo público y se produce una simultaneidad concurrente inevitable, si se repara en el proceso paralelo de la desconstitucionalización del Estado nacional y la aparición para las organizaciones trasnacionales de regulaciones de gobernanza cuasi constitucionales. Claro que se trata de regulaciones que carecen de las notas de exhaustividad y que además ni son democráticas ni recurren a la legitimación nacionalista.

En efecto, por lo que hace a la nota de exhaustividad es evidente que muchas de ellas no tienen un propósito sino solo parcialmente político. Las deficiencias democráticas de esta regulaciones se reflejan en su origen y tienen un diferente alcance según hablemos de las integraciones, las organizaciones internacionales o las organizaciones transnacionales.

Estos órdenes normativos tampoco remiten a un tipo de justificación de tipo nacional o lo hacen de modo peculiar. Como es obvio la referencia nacional no existe en los simples acuerdos internacionales o en los niveles bajos de integración, cuando el propósito de las uniones es un objetivo limitado o la unión se establece con un carácter temporal. Resumidamente, es cierto que los Estados nacionales se ven debilitados en algunas de sus notas fundamentales como sujetos que ya no tienen el monopolio del poder público sobre un determinado territorio, imponiendo un dominio sin rival tanto en el interior como en el exterior; que su orden jurídico ha sufrido una erosión indudable, pues consiste en una regulación incompleta y sin auténtica supremacía; y que la lealtad nacional de los ciudadanos puede quedar debilitada por la competencia de vínculos políticos rivales. Resulta impensable imaginar que esta crisis ambiental del Estado y su constitución no pueda afectar a las comunidades territoriales internas, cuyas aspiraciones políticas, esto es, su pulsión soberanista, han de atemperarse a la situación de crisis de su referencia estatal, perdiendo intensidad, urgencia y peligrosidad.

En segundo lugar, hay que apuntar *a la crisis integradora de las formas federativas*, de modo que se ha producido una indudable pérdida de confianza en la capacidad del federalismo para afrontar las tensiones nacionalistas. Por lo demás tampoco se debe magnificar en exceso la capacidad de integración de las formas federativas. Sin duda el federalismo es más exitoso como forma democrática que como tratamiento del seccionalismo identitario. Los Estados federales funcionan mejor cuando organizan la distribución del poder en sociedades homogéneas que cuando se enfrentan a demandas de reconocimiento nacional de sus integrantes. Así desde el punto de vista de la estabilidad, y por ello de la propia legitimación de los sistemas, decíamos, la comparación es francamente ventajosa para las formas federativas sin tensiones nacionalistas, como los Estados Unidos o Alemania, respecto de otras con demandas identitarias, como Canadá o Bélgica. En el esquema institucional y espiritual del federalismo tiene difícil encaje el nacionalismo, debido a su indudable estatismo y a su intransigencia ideológica, que le hace difícil asumir una lealtad política compartida y no exclusiva a su propio Estado. Claro que al nacionalismo le tentará alguna simbología cercana del federalismo, pues en el Estado federal se reconoce a los entes territoriales la condición de Estados, aunque no son Estados, efectivamente, soberanos, y estos Estados operan como una especie de anticipo de lo que son las estructuras políticas plenas. También la cultura federal, que juridifica los problemas territoriales, se opone a la irreductibilidad del esencialismo nacionalista, pues en la Federación las disputas se deciden por la instancia que lleva a cabo en la comunidad la función jurisdiccional de resolver los conflictos, que son, efectivamente, los tribunales; esto es, el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional, en nuestro caso. ¿Qué es lo que ocurre entonces? Que la aceptación por el nacionalismo del federalismo, siempre es una aceptación, diríamos, equívoca y táctica. En realidad, los nacionalistas, cuando hablan de federalismo, entienden por tal el confederalismo, aunque el confederalismo no solo no es federalismo, es obvio, sino que es lo contrario, diríamos, al federalismo.

Por último hay que referirse como ingrediente característico en el que se presenta la cuestión catalana a *una indudable erosión del valor normativo de la Constitución*, esto es, cierto regreso solapado del iusnaturalismo, de modo que la Constitución, considerada todo lo mas un elemento del sistema u orden democrático y no la regulación exhaustiva de la vida política, deja de ser la piedra de toque, la referencia y límite del mismo. Los gobernantes de la Generalitat han justificado su actitud durante el *procés,* protagonizando la revuelta institucional, recurriendo a pautas de justicia, asumidas desde parámetros de ética o razonabilidad universales, esto es, acogibles en los estándares comúnmente admitidos de democracia y participación, y además incorporados al ordenamiento internacional y aun la práctica de diversos Estados. Se produce así un enfrentamiento entre el orden constitucional positivo, obviamente no reducible al boque normativo constitucional, sino también a las resoluciones y doctrina del Tribunal Cons-

titucional, que tiene la última palabra sobre lo que al final pueden hacer o no los poderes públicos; y un conjunto de criterios, valores y principios integrantes de una esfera ética o lógica que está fuera y sobre el derecho positivo vigente. Como no puede ser de otro modo, esta contraposición es rechazable pues señala un regreso al iusnaturalismo que conduce a la arbitrariedad y la injusticia. Admitir que lo que Constitución diga o signifique, según la autorizada interpretación de los tribunales, comenzando naturalmente por el Tribunal Constitucional, puede ser desobedecido supone volver al horizonte del antiguo régimen o de los sistemas totalitarios, donde el ejercicio del poder se basa exclusivamente en el capricho del gobernante o el empleo de la fuerza. La contraposición indeseable entre justicia y derecho que se deduce de la conducta desobediente de los gobernantes, suele presentarse apuntalada por argumentos éticos abstractos, aducidos como exigencias formuladas desde la teoría, la ciencia política, o, falsamente, el derecho comparado, pero que tienen un porte iusnaturalista evidente.

De otro lado mantener que el límite del derecho positivo es infranqueable, si no queremos incurrir en la desprotección frente al poder o la inseguridad de la anarquía, no implica negar la posibilidad de la crítica al orden dado desde estándares de lógica o ética, pues de otra forma tal orden devendría hierático y se obturarían las posibilidades del cambio. La protesta en el Estado constitucional no se expresa mediante el derecho a la revolución sino a través de la libertad de expresión y reunión, ejerciendo los recursos jurisdiccionales frente a actos considerados inconstitucionales o ilegales, y reformando, en su caso, la Constitución.

3. El argumento para el optimismo

Vamos con el argumento para el optimismo. Hace unos meses en una reunión celebrada en al fundación Ortega, Enric Juliana se refirió a la cuestión catalana, denunciando una situación de bloqueo, aunque él apreciara una posición mas favorable en la superación de la crisis, del lado de Cataluña o del catalanismo. Hay algo de razón en eso, al menos en su solicitud de tomar alguna iniciativa de desbloqueo. Durante la transición apareció Tarradellas con su maleta en Madrid y allá lo que traía era el reconocimiento de Cataluña como sujeto político. En estos momento el desbloqueo no puede favorecer una solución independentista hacia la salida de Cataluña, pues no hay razones para ello. Hay un autor al que me gusta mucho citar que es Albert Hirchman que es un economista americano, y este hombre dice bueno ¿cuando se puede salir, sea una relación personal o sea una relación política?. Cuando uno no puede aguantar más. Sin duda cuando uno es ninguneado o preterido u ofendido. Esa desde luego no es la situación actual de Cataluña que no está marginada, que disfruta de unas estructuras de autogobierno bien potentes y con cuya ayuda se han aprobado por los diferentes gobiernos la

leyes más importantes del orden democrático. Los nacionalistas catalanes han votado en contra de los Presupuestos, por mantener el tipo, pero realmente la contribución de Cataluña en la obra política de la dirección del Estado a través de la legislación ha sido indudable: así, el sistema de financiación actual es el sistema inspirado en el Estatuto del 2006.

Aquí está el tema del Estatuto de 2006, y la presentación de ese Estatuto como la prueba de la deslealtad del Estado respecto de Cataluña me parece no se sostiene. Lo malo del Estatuto no ha sido la Sentencia (STC 31/2010) sino la lectura política que muchos han hecho de la misma y que, como digo, no se tiene en pie. La Sentencia no hay que juzgarla por la intención, por otra parte supuesta. La Sentencia hay que juzgarla por el hecho de que deja las competencias y los derechos que tenía el Estatuto antes de su impugnación ante el Tribunal Constitucional, y que anula como mucho 12 preceptos que no lo son en su totalidad, y además en varios de los casos la anulación tiene una razón procedimental no material. La Sentencia que efectivamente fue pésimamente gestionada y tardó muchísimo en llegar puede resumirse en su núcleo: las competencias del Estado proceden de la Constitución y no del Estatuto; y las competencias de la Comunidad Autónoma hay que entenderlas con la limitación de sus obligaciones establecidas por títulos transversales que tiene el Estado. Lo que no se puede es pretender elevar el Estatuto en el bloque a la misma altura que la Constitución: eso es una interpretación constitucional inadmisible. Es que se ha llegado a decir que en Andalucía o en otros territorios hay más derechos que los que tiene el Estatuto catalán. Ello es absolutamente falso. Esos derechos de los otros estatutos efectivamente no se impugnaron, pero el Tribunal salvó la constitucionalidad de los derechos que figuran en el Estatuto catalán. De manera que yo diría que es preferible que Cataluña se quede haciendo oír su potente y respetada voz.

4. La ilicitud constitucional de la autodeterminación

La segunda cuestión que yo quería plantear consiste en que constitucionalmente no es posible la independencia ya que no cabe *un referéndum de autodeterminación* explícito ni, a mi juicio, tampoco un referéndum diríamos solapado, pues una consulta territorial en la que efectivamente se plantee la cuestión de la separación no deja de referirse al ejercicio de la soberanía por una parte del territorio. Antes de nada, es necesario alcanzar una idea correcta de la autodeterminación, a saber, la decisión soberana de una comunidad territorial sobre su forma política siguiendo o yéndose del Estado del que forma parte. No estamos hablando, por tanto, del derecho al desarrollo nacional ni un derecho de participación cualificado por su importancia. Ocurre, en efecto, que una decisión soberana sobre la soberanía solo la puede tomar el soberano, quiere decirse solo

corresponde al pueblo español. De modo que la idea constitucional de la soberanía como poder máximo del Estado se atribuye en exclusiva a la nación en su totalidad y no a una fracción territorial concreta.

Alguna dificultad más existe cuando la autodeterminación no se no se plantea de este modo diríamos franco, sino que aparece como una consulta territorial cubierta por el artículo 92 CE; pero en este caso se habla claramente de una decisión de especial trascendencia de todos los ciudadanos, y no estamos hablando de una parte del territorio. Pero sobre todo, la objeción es que una pregunta sobre la soberanía hace ya soberano a aquel a quien se hace la pregunta y una decisión sobre la soberanía no puede atribuirse a quien no es el soberano. Si se pregunta a alguien si quiere la independencia lo que no puede hacerse después es rebajar la trascendencia de la pregunta según el resultado. Ocurre en efecto que los referéndums que se presentan como consultas son referéndums vinculantes, esto es, son referéndums de autodeterminación. Lo acabamos de ver en el caso Brexit donde no cabe decir que la soberanía corresponde al parlamento británico de modo que no obligaría verdaderamente el resultado negativo del referéndum. No cabe someter a referendum una decisión capital como es la decisión sobre la soberanía simplemente para ver lo que dice el cuerpo electoral, y efectivamente nadie pudo dudar que el referéndum sobre la independencia en el Reino Unido era un referéndum de autodeterminación e indubitadamente si hubiese ganado el sí pues inmediatamente Escocia se habría ido. En Canadá es lo que ocurre y, a pesar de que el sistema constitucional es otro, se llega al mismo resultado. Ante las exigencias de la *Ley de claridad* federal el Parlamento de Quebec ha dicho que está muy bien lo que piensa el Parlamento de la Federación, pero lo que piensan ellos es que la decisión del pueblo de Quebec es una decisión obligatoria y nadie puede oponerse a eso, y si hay un conflicto entre lo que ha decidido el pueblo y el órgano con competencia, prevalece la voluntad de la sociedad, manifestada en referéndum.

5. Cambiar la Constitución para hacer posible la autodeterminación

De modo que no cabe la autodeterminación planteada de modo explícito ni de manera solapada como simple consulta. Pero esto no quiere decir que la autodeterminación no es posible; sí que lo sería cambiando la Constitución, no para establecer en la Constitución el derecho de autodeterminación sino para hacer la autodeterminación factible, porque no hay límites a la reforma de la Constitución. Entramos efectivamente en una situación que fluctúa entre la Constitución y el orden constitucional, pero en cualquier caso una situación a la que se llega a través de la Constitución y esto no me parece discutible. Precisamente la Constitución es un marco insuperable porque en la Constitución cabe cualquier contenido, acordado por el pueblo soberano. ¿Y qué se

tendría que corregir? Pues la radicación de la soberanía en el pueblo español y su delimitación territorial, de manera que efectivamente si se reconoce que después del cambio constitucional la soberanía reside en los pueblos de España o en los pueblos del Estado, efectivamente hemos pasado de una federación o de una forma federativa a una Confederación pero esto desde el punto de vista democrático es irreprochable. No estoy entonces de acuerdo con quienes dicen de esto no es posible. Sí que creo que sería una locura o un absurdo o que carece de sentido alguno; pero se equivocan, a mi juicio, quienes sostienen que no es posible, o que no cabe. Coincido con quienes piensan que según qué sitio, mejor no ir; pero jurídicamente el único límite es el respeto por la Constitución reformada de su condición democrática. Pienso, entonces, que no hay obstáculos a que nuestra Constitución admita la residencia plural de la soberanía en los diversos territorios, de manera que si hay una insistencia en la reclamación de la autodeterminación, tratándose de una demanda compartida, de una demanda repetida y mantenida, si se trata de una demanda incesante habrá que hacer algo; lo que no cabe es prohibir que esa opción política tenga oportunidad para llevarse a efecto, pues la Constitución es un límite a la democracia pero si se cambia la Constitución ese límite deja de existir.Pienso en efecto que el que ahora la autodeterminación esté impedida no quiere decir que no sea posible, previa modificación constitucional: lo que impide saltarse la Norma Fundamental, convocando un referéndum de autodeterminación explícito o tácito, es que su convocatoria es posible superando los obstáculos a su realización. La no existencia de límites en nuestra Constitución abierta, de modo que cualquier demanda política pueda incorporarse a la Norma Fundamental, siempre que la modificación no altere el carácter democrático de la misma, como hemos visto, es lo que legitima la prohibición de su rebasamiento, lo que sucedería si se permitiesen actuaciones no consentidas o prohibidas por ella.

6. La reforma federal como solución para el entretanto

Mientras finalmente se lleva a cabo esa reforma de la Constitución, de una parte, para dar tiempo a la maduración de la idea de que el pueblo español acepte el derecho a la autodeterminación entendido como aspiración, vuelvo a repetir, mantenida repetidamente, y de otro lado, dando tiempo asimismo a extender ese sentimiento en la Comunidad Territorial, mientras los demócratas españoles se convencen de que no hay más remedio que la reforma constitucional, digamos el tiempo de una generación o dos o tres legislaturas del parlamento catalán pronunciándose en ese sentido, para proceder a esa reforma constitucional a iniciativa precisamente de la Asamblea Legislativa territorial de acuerdo con las posibilidades que abre en nuestros artículos 166 y 87 CE, mientras llega ese momento, insisto, yo creo que lo que hay que hacer es ofrecer un mejor

acomodo de Cataluña en el edificio político español, que a su vez exigiría una reforma a la Constitución y después un Estatuto. Tendríamos ya dos pronunciamientos populares mediante referéndums, pero claro referéndums normativos, no referéndums sobre un acto con un componente divisorio, simplificador y manipulable: habría entonces que intentar la reforma que daría pie después a una reforma estatutaria de acuerdo con la Constitución. Esa reforma constitucional tendría que ver con el rol integrador de la Constitución. En efecto, como decía hace un momento, las constituciones son normas de organización, pero son normas de integración y yo creo que nuestro sistema tiene cosas que mejorar en ese aspecto, en el aspecto nominal si se quiere, porque yo no creo que nadie pueda decir que nuestro sistema no es suficientemente pluralista. Ese pluralismo se afirma sobre todo en los espacios, en los escenarios territoriales, pero ese pluralismo debe mejorarse en el nivel general o nacional. Seguramente este es un país que tiene todavía bastantes cosas que hacer. Piensen ustedes en un dato que suelo comentar en intervenciones sobre este problema. Hay más cátedras de catalán en la República Federal alemana que en la Universidad española. A veces, puede pensarse en un sentido exculpatorio, esa falta de sensibilidad del Estado responde a la agresión obviamente contra el español o contra el castellano, también bastante llamativa. Seguramente existen pocos nacionalistas catalanes que digan lo que decía Michelena que era un nacionalista vasco: *Gaztelania ere hemengoa da*. El castellano también es de aquí. Pero creo que sí se pueden hacer cosas en favor del pluralismo, por ejemplo *el reconocimiento nacional de Cataluña*, aunque desconozco la fórmula exacta para llevarlo a cabo: con mención expresa o sin ella parece que debe haber un reconocimiento inequívoco en el nivel constitucional, lo que implica un compromiso del resto de España efectivamente por respetar la condición nacional de Cataluña. Sin duda hay nacionalismos no independentistas, así los foralistas en el caso vasco, o los catalanistas. Pueden llamarle a esto nacionalismo cultural, pero con una indudable proyección política desde luego. Y no comparto la idea de que reconocer el pluralismo nacional en la Constitución supone haber introducido un caballo de Troya , estimulando el independentismo y acercando la implosión del Estado.

Por lo que hace a las reformas a introducir en la parte orgánica, sin proceder a una exposición detallada, no soy partidario de un Senado gubernamental. Me inclino mas bien por un Senado tipo austriaco, de modo que la representación de las Comunidades Autónomas no se reduzca a la fuerza mayoritaria, hablemos quizás del socialismo en Andalucía y el nacionalismo en Cataluña y El País Vasco. Por no hablar de la dificultad del encaje de este Senado en un sistema parlamentario, además con un determinado concepto de la representación, con la prohibición del mandato imperativo, como ocurre en el caso español. Hay que incorporar algunas decisiones sobre la Constitución financiera. Sin duda son mejorables las cláusulas competenciales, pero teniendo en cuenta el necesario principialismo de las disposiciones constitucionales y aun de las estatutarias

en donde el detalle tampoco puede llegar al máximo. Es defendible que se sigan utilizando las bases como elemento de homogeneización del orden normativo. Por cierto que la clarificación competencial deseable es predicable de las facultades estatutarias, pero también de los poderes del Estado y notoriamente el poder de dirección económica.

Estos extremos podrían ocupar nuestro tiempo, pero quizás lo esencial ya ha quedado dicho. Hablaba Madison de cuando hay que reformar las constituciones, esto es en *the great and extraordinary occassions.* Creo que estamos ante una circunstancia importante y grave. No sería una ocasión inapropiada para que los españoles ratifiquen su Constitución y lo hagan también los catalanes, de modo que se vea si el apoyo que dieron la Constitución del 78 allá se mantiene; y después procedan a la reforma estatutaria de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Volviendo a la imagen de Juliana, se trata de hacer una oferta generosa y con todo afecto que permita salir del bloqueo actual de la situación de empate. Hemos de hacer algo y yo creo que se puede hacer precisamente en la línea que he señalado.

7. Referencias bibliográficas

Este texto se corresponde con mi intervención en el Seminario *Retos y Desafíos del Estado español en el siglo XXI* que se viene celebrando en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en abril de este año de 2024.

La base bibliográfica inmediata puede encontrarse en mi «Nación y Estado en un contexto constitucional en transición» en M. Aragón, D. Valades y J. Tudela (coords.): *Derecho Constitucional del Siglo XXI: Desafíos y oportunidades,* Fundación Giménez Abad. Zaragoza, 2023. *Asimismo en* «El argumento nacionalista» *en Homenaje a Javier Jiménez Campo, en prensa. «*Crear una federación o federalizar el Estado Autonómico», en R. Punset y L. Tolivar Alas (coords.), *España: el federalismo necesario.* Reus Editorial. Madrid, 2020.

Más detenidamente y en detalle*, Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*, Madrid 2019.

CAPÍTULO 31

LA RELACIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL DEL PODER: EL CASO DEL ¿FEDERALISMO? ESPAÑOL[1]

Andrés Iván Dueñas Castrillo
(Universidad de Valladolid)
Pro. Perm. Lab. Derecho Constitucional

1. Introducción

Enfrentarse a una página en blanco siempre supone un desafío. Pero en esta ocasión lo es aún más cuando el propósito que se persigue es homenajear a una de las personas que más ha aportado en las últimas décadas al constitucionalismo español.

Paloma Biglino Campos ha sido y es para mí un referente en la universidad y en lo intelectual. No sólo porque haya sido mi directora de tesis y mi maestra, sino porque ha demostrado siempre saber adaptarse a los cambios habidos en la academia y lo ha sabido trasladar a cada uno de sus discípulos. Pocas personas como ella son tan generosas y capaces de exponer su punto de vista cuando uno le presenta los avances de la tesis, un artículo antes de mandarlo a una revista o, simplemente, cuando se tiene una crisis en la labor investigadora y puede echar una mano con sus consejos. Aunque lo haya hecho ya en varios momentos, tanto en público como en privado, no es esta una ocasión menor para volver a agradecerle cuánto le debo en mi carrera académica.

El federalismo es uno de los múltiples temas en los que la profesora Biglino ha ocupado parte de su tiempo investigador. Puede que su obra más importante en este ámbito sea el libro *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*[2]. Una publicación a la que le habían precedido otros escritos previos relacionados con la cuestión[3] y sobre lo que posteriormente también ha reflexionado[4].

---

[1] Agradezco a Daniel Jove Villares sus valiosas aportaciones y sugerencias a la hora de hacer este capítulo.

[2] Biglino Campos, Paloma, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

[3] Biglino Campos, Paloma, «La Unión Europea ¿estructura federal?». En VV.AA., *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad,* Instituto de Estudios Europeos-Universidad de Valladolid, Oviedo, 2001; Biglino Campos, Paloma, «En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano». En VV.AA.,

La preocupación por el federalismo y su relación con la democracia es una de las enseñanzas que la profesora Biglino me ha inculcado durante estos años. Cuando estaba realizando la tesis doctoral, en su labor de dirección, me recomendó incluir un apartado dedicado a la relación entre la democracia y las Comunidades Autónomas. En él me ocupé de la correspondencia entre el federalismo y el ideal democrático, cuestión sobre la que no he tenido oportunidad de volver hasta ahora y a la que quiero dedicar este espacio para homenajear a mi maestra. En estas páginas, trataré de entrar en diálogo directo con algunas de las ideas que ha defendido en varias de sus publicaciones. En esta dialéctica, desarrollaré un primer apartado sobre la relación entre democracia y federalismo o, si se prefiere, la democracia y la descentralización territorial del poder en un sentido más amplio, para indagar después en cómo se ha articulado esa relación en nuestro país, dentro del debate más extenso de si el nuestro es o no un Estado federal o si lo hemos sido en el pasado.

2. La descentralización del poder y el ideal democrático

Las dos finalidades clásicas de la descentralización territorial del poder han sido la integración del territorio estatal y la profundización de la democracia, aunque este último objetivo no siempre estaba expresamente presente en los debates constituyentes de aquéllos países que apostaron por una estructura de poder no centralista. No sorprende, por tanto, que el elemento democrático, a pesar de su trascendencia, haya pasado más desapercibido para la doctrina[5]. Sin embargo, una de las pocas personas que lo ha estudiado ha sido la profesora Biglino.

En este capítulo se parte de la noción de democracia constitucional dada por Garrorena[6] y que también sigue Biglino[7], esto es, un modelo en el que se reconozca la ra-

La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente, Congreso de los Diputados-Tribunal Constitucional-Universidad Complutense-Fundación Ortega y Gasset-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

[4] Biglino Campos, Paloma, «La Constitución fue norma por ser pacto federal». En *Teoría y Realidad Constitucional,* 28, 2011; Biglino Campos, Paloma, «A complex model for distributing competences that requires further safeguards». En López Basaguren, Alberto, y Escajedo San Epifanio, Leire (coords.), *The ways of federalism in western countries and the horizons of territorial autonomy in Spain*, Springer, Vol. I, Berlín, 2013; Biglino Campos, Paloma, «Cataluña, federalismo y pluralismo politico». En *Teoría y Realidad Constitucional,* 37, 2016; Biglino Campos, Paloma, «Una democracia en clave federal». En Pendás, Benigno (dir.); González, Esther, y Rubio, Rafael, *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018; Biglino Campos, Paloma, «La funcionalidad del referéndum en los Estados miembros y finalidades del federalismo». En Garrido López, Carlos, y Sáenz Royo, Eva (coords.), *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

[5] Véase, por todos, Linz, Juan José, «Democracia, multinacionalismo y federalismo». En *Nación, Estado y lengua. Obras escogidas*, Vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 577.

[6] Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, pp. 87-110.

[7] Biglino Campos, Paloma, «Una democracia en clave federal»*, op. cit.*, p. 686.

dicación social del poder o, dicho de otra manera, la soberanía popular; una concepción pluralista de la sociedad, en donde se garantice y fortalezca el acceso de los individuos a la defensa de sus intereses; y la participación en el proceso político, que también ha de relacionarse con la necesidad de rendición de cuentas de los poderes públicos. Una idea, la de mayor participación de los ciudadanos cuanto más cercana sea la administración a ellos, que ya estaba presente en John Stuart Mill. Para el autor británico el poder de los municipios permitía que sus instituciones fueran una escuela de capacitación para otros niveles más elevados. Así, a personas que no tienen una capacidad de gestión en otros niveles más altos, se les permite hacer lo propio para estos intereses comunes municipales y ocupar puestos ejecutivos locales[8]. Esta misma reflexión se puede trasladar a las entidades de un Estado federal o regional, como haría Proudhon, para quien, como recuerda García-Pelayo, el federalismo era una acentuación del principio de separación de poderes destinada a garantizar la libertad[9].

Siempre siguiendo a Biglino, el Estado que pondría por vez primera la idea de soberanía popular como fundamento de su orden constitucional e institucional es el primer ejemplo federal de la historia, esto es, Estados Unidos. El constituyente de este país atribuyó un nuevo poder a los órganos de la Unión que les permitiese actuar directamente sobre los ciudadanos y no únicamente frente a los Estados miembros. Tal fuente de legitimidad sería la soberanía popular[10], que fue posible, en palabras del Juez Kennedy, gracias a que los padres de la Constitución estadounidense «desintegraron el átomo de la soberanía», haciendo a los ciudadanos titulares del poder[11].

Esta idea de los *Framers* no es casual, sino que tiene un origen histórico claro: la guerra con Reino Unido. Como explica Biglino, en esta concepción están muy presentes autores como Locke: la finalidad de que los individuos se asocien en comunidad y ceder parte de su parcela de soberanía al Estado es asegurarles la felicidad. La guerra con los británicos era debido a que la metrópoli no estaba cumpliendo con este objetivo, por lo que los ciudadanos estadounidenses tuvieron que buscar una nueva fuente de legitimidad del poder[12].

Debido a lo anterior, no es de extrañar que el primer congreso federal que se reunió tras la entrada en vigor de la Constitución de los Estados Unidos aprobase el *Bill of Rights*, entre cuyos preceptos se establecía un límite al poder del Congreso federal y también al de las Asambleas de los Estados miembros, lo que ha tenido importantes conse-

[8] Mill, John Stuart, *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, 2.ª ed. Alianza, Madrid, 2021, pp. 343, 347-348 y 350.

[9] García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, 4.ª ed., Madrid, 1957, p. 217.

[10] Biglino Campos, Paloma, «En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano», *op. cit.*, p. 1133.

[11] Biglino Campos, Paloma, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia, op. cit.*, p. 61.

[12] Ídem, p. 62.

cuencias para la delimitación de las competencias entre unos y otros. Y es que la soberanía popular no podía no implicar la noción de Constitución como pacto y como norma jurídica para todos los poderes constituidos, la que sería la otra gran novedad que aportó la revolución estadounidense. De esta manera, las Constituciones de los Estados miembros supondrían un límite al poder, mientras que la Constitución federal constituiría el otorgamiento de un haz de poderes tasados al Congreso. Por eso, los actos de éste serán inválidos en el caso de no encontrarse amparados por la Constitución federal[13]. Una dualidad de poderes a la que estaban acostumbrados debido a que, anteriormente, junto a las normas de las colonias convivía también el Derecho británico[14].

Lógicamente, para hacer esto posible era necesario crear un Poder Judicial federal que tuviera jurisdicción en todos los casos en los que hubiera algún conflicto entre la Constitución federal y las Constituciones de los Estados miembros. Por tanto, los *Framers* superan la concepción clásica británica de la soberanía parlamentaria, ya que los congresos de los Estados miembros, así como el Congreso federal, serán poderes constituidos, limitados, esto es, órganos que emanan del poder popular[15]. De nuevo, una idea en la que tuvo mucho que ver el pasado colonial: durante la dominación británica, ya había habido un órgano judicial con competencia en toda la Federación para supervisar la primacía del Derecho británico sobre el de las colonias: el Consejo Privado de la Corona[16]. Las normas que fueran contrarias al Derecho de la metrópoli, de esta manera, eran declaradas *«void and of none effect»*.

Todo lo anterior quedó reflejado en los papeles de *El Federalista*, donde Hamilton y Madison entendieron la concepción descentralizada del poder como una garantía de la libertad del individuo y como un freno y contrapeso al poder de la Federación. Así, se afirmaría que «si una mayoría está unida por un interés común, los derechos de las minorías están inseguros», mientras que en un Estado federal, «la sociedad misma estará dividida en tantas partes, intereses y clases de ciudadanos, que los derechos de los individuos, o de la minoría, correrán poco peligro por las combinaciones interesadas de la mayoría»[17]. Hamilton continúa explicando que en este sistema «si un individuo intentare usurpar la autoridad suprema, no es fácil que tuviera igual crédito e influencia en todos los Estados de la confederación (...). Y si consiguiere someter a una parte, la que aún quedase libre podría oponérsele con fuerzas independientes de las usurpadas»[18]. Madison sostiene, en esta misma línea, que los Estados funcionan como freno del Ejecutivo fede-

[13] *Ibidem*, pp. 76-77.

[14] Biglino Campos, Paloma, «En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano», *op. cit.*, pp. 1143-1144.

[15] Ídem, p. 1139.

[16] *Ibidem*, p. 1163.

[17] Hamilton, Alexander, y Madison, James, *The Federalist Papers*, 51, 1787.

[18] Hamilton, Alexander; Madison, James, y Jay, John, *El Federalista,* Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1994, p. 34.

ral, dado que «si una medida inexcusable del gobierno federal fuese impopular en determinados Estados (...) los medios de oponerse a ella son poderosos y se hallan a mano»[19]. En definitiva, si la república está divida en Gobiernos distintos, afirman estos autores, existe una doble seguridad para los derechos del pueblo, dado que «los diferentes gobiernos se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo que cada uno se regulará por sí mismo»[20].

En conclusión, como afirma la profesora Biglino, «desde la Convención de los Estados Unidos hasta hoy, el federalismo se entiende como una manera de dividir el poder y como una forma de prevenir que la tiranía de la mayoría acabe con los derechos de la minoría»[21]. Una idea que también está presente en Europa, aunque su construcción ha sido diversa a la estadounidense.

En Europa el federalismo significará no sólo una forma de organización territorial, sino que la propia doctrina del siglo XIX lo identifica, como en Estados Unidos, como una forma republicana de soberanía popular[22]. Al inicio, algunos países adoptaron una concepción federal similar a la estadounidense, como la Constitución del Imperio alemán de 1871, la suiza de 1874 o el proyecto *non nato* federal español de ese mismo año, que afirmaron la primacía del Derecho federal y crearon un Poder Judicial federal encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución[23].

Pero más adelante, principalmente tras la Gran Guerra, en Europa el proceso fue más bien a la inversa: la finalidad de la Constitución era dotar de autonomía suficiente a territorios que habían sufrido las consecuencias de un poder excesivamente concentrado[24], por lo que de nuevo vuelve a estar presente la idea de limitación del poder del Estado con una delegación de poderes a las entidades subestatales como sinónimo de mayor democracia.

¿Cómo fue posible esta noción de Constitución? Tal y como explica la profesora Biglino, autores como Jellinek negaron que la soberanía fuera una nota esencial del Estado y la sustituyeron por «poder de dominación». Éste sí que sería un elemento inherente de la entidad estatal, mientras que la única soberana sería la Federación[25], lo que constituye una diferencia cualitativamente distinta a la de Estados Unidos. Es decir, que los Estados miembros son tales Estados, primero, porque así lo permite la Constitución federal y, segundo, porque conservan su poder de dominación, pero no comparten ninguna cota de soberanía con la Federación. Esto podría llevarnos a pensar que la

[19] Ídem, p. 202.

[20] *Ibidem*, p. 222.

[21] Biglino Campos, Paloma, «Una democracia en clave federal», *op. cit.*, p. 684.

[22] Biglino Campos, Paloma, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia, op. cit.*, p. 106.

[23] Biglino Campos, Paloma, «La Constitución fue norma por ser pacto federal», *op. cit.*, pp. 192-194.

[24] Ídem, p. 199.

[25] Biglino Campos, Paloma, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, *op. cit.*, p. 121.

distinción entre Estado federal y regional ya no tendría sentido, como sostiene la propia Biglino, afirmación con la que discrepo, como trataré de argumentar más adelante.

El otro autor de referencia para entender esta concepción de la Constitución es Hans Kelsen, para quien la Carta Magna es una norma «total», en donde el Estado federal, como explica García-Pelayo al hablar de esta noción, se caracteriza por: «a) La Constitución conjunta, única soberana que comprende tanto la Constitución federal como los principios fundamentales de las constituciones de los Estados; b) el orden jurídico federal, formado por las normas jurídicas que caen dentro de su competencia; y c) el de cada Estado miembro, formado por sus propias constituciones dentro de los límites de la Constitución conjunta»[26].

El modelo en el que se puso en práctica esta teoría fue la Austria de 1920, donde por primera vez los territorios subestatales carecían de una de las funciones estatales clásicas: el Poder Judicial. Modelo que luego hizo suyo la Constitución de la II República española, la italiana de 1948 y, de nuevo, nuestra vigente Constitución de 1978.

A diferencia de lo que había sucedido en Estados Unidos, en Austria la Constitución de 1920 asumía todo el poder y regulaba la estructura y funcionamiento de los Estados miembros. Es decir, no se limitaba a crear los órganos y poderes de la Federación[27]. De esta manera, tal y como entendía Kelsen, la Constitución federal sería una norma total que podría ser violada tanto por la Federación como por los Estados miembros cuando invadiesen competencias no reservadas para una u otros. El órgano encargado de depurar estas responsabilidades es el Tribunal Constitucional, que estaría fuera del Poder Judicial. Este es el órgano que mejor refleja la idea de Constitución total, pues su única misión es su salvaguarda, situándose para ello por encima tanto de la Federación como de los Estados miembros[28]. Aquí la Constitución es la fuente de legitimidad de la diversidad territorial y su fuerza normativa «no deriva de la necesidad de garantizar el pacto de la unión», sino «de asegurar la nueva posición de autonomía de las nuevas entidades territoriales», algo radicalmente distinto al Estado federal estadounidense y que, a mi juicio, inaugura lo que luego Ambrosini llamaría «un tipo intermedio de Estado entre el unitario y el federal»[29] cuando analizó el Estado integral de la II República.

En definitiva, el federalismo se puede entender como una solución institucional para profundizar en la democracia, con controles y contrapesos fuertes que tienden a garantizar mejor los derechos de la minoría. Esto, al final, trae consigo gobiernos más responsables con la ciudadanía, capaces de «dar un cauce de expresión a los nexos grupales primarios (...) que proveen las bases diferenciadoras para un sentido de identidad

[26] García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, p. 229.

[27] Biglino Campos, Paloma, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, *op. cit.*, p. 149.

[28] Ídem, pp. 150-155.

[29] Ambrosini, Giuseppe, «Un tipo intermedio di Stato fra l'unitario e il federale caraterizzato dall'autonomia regionale e federalismo», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1933.

comunitaria»[30]. Una forma de Estado, el federalismo, que trata de controlar al poder y evitar su ejercicio abusivo para, en última instancia, proteger la libertad del individuo[31]. Además, supone una mejor adaptación a la diversidad de la sociedad, lo que refuerza la idea de pluralismo[32].

En suma, el federalismo permite una aproximación de la decisión a los ciudadanos, lo que lleva consigo «establecer nuevas formas de responsabilidad y establecer nuevos controles para hacerla efectiva»[33]. Y es que «el federalismo favorece la participación política, porque este derecho no solo se ejercita con respecto a las instituciones centrales y a las entidades locales, sino también con respecto a las entidades federadas»[34], lo que ha hecho que algunos autores denominemos a las entidades subestatales como laboratorios de democracia[35].

3. El caso español

3.1. El Estado integral de la II República

Antes de adentrarnos en la Constitución de 1931, no se puede pasar por alto el intento de constituir una España federal durante la I República en 1873. Y es que durante el siglo XIX el federalismo en España se veía como «una herramienta orientada a remover bajo la bandera de la descentralización la organización tradicional del poder y acometer la transformación democrática de la sociedad española»[36].

Pi i Margall fue uno de sus mayores exponentes. Influenciado por las ideas de *El Federalista*, mantuvo que la autonomía para las Regiones era el coronamiento de la democracia y que sin ellas no se conseguiría el pleno desarrollo de la libertad de los ciudadanos[37]. También defendió que el federalismo es un instrumento de separación

[30] Watts, Ronald L., *Sistemas federales comparados,* Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 94.

[31] Arroyo Gil, Antonio, «Calidad democrática y distribución territorial del poder, con especial atención al reparto de competencias y a la cámara de representación territorial». En Tudela Aranda, José; Kölling, Mario, y Reviriego Picón, Fernando (coords.), *Calidad democrática y organización territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 55.

[32] Maiz, Ramón, «Nacionalismo, federalismo y democracia en Estados multinacionales». En *Araucaria,* 4, 2000, pp. 151 y ss.

[33] Biglino Campos, Paloma, «Una democracia en clave federal»*, op. cit.*, p. 697.

[34] Ídem, p. 688.

[35] Véanse Dueñas Castrillo, Andrés Iván, *Las Comunidades Autónomas como laboratorios de democracia. Participación de los ciudadanos y relaciones entre poderes*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021; o Schleicer, David, «Federalism and State Democracy», *Texas Law Review,* 95, 2017, pp. 785-786.

[36] Caamaño Domínguez, Francisco, *Democracia federal. Apuntes sobre España,* Turpial, Madrid, 2014, p. 31.

[37] Jutglar, Antoni, *Pi y Margall y el federalismo español*, Vol. I, Taurus, Madrid, 1975, p. 286.

y división de poderes y, por tanto, idóneo para proteger los derechos de los individuos[38].

Como es de sobra conocido, el proyecto de la I República no tuvo éxito y no fue hasta la Constitución de 1931 cuando pudo verse realizado el objetivo de la descentralización territorial del poder, aunque antes hubo varios intentos de reconocer a la Región como ente intermedio entre la provincia y el Estado[39].

El Estado integral que se proclamó en el artículo 1 de la Constitución de 1931 introdujo un término que no se había usado antes. Solé Tura y Aja han defendido que con ello se «pretendía elaborar un concepto nuevo que en realidad era un compromiso entre los partidarios del federalismo y el unitarismo»[40]. Incluso se ha dicho que con él se procuraba rehuir el término Estado federal[41].

La mayoría de partidos durante la II República estaban de acuerdo en descentralizar territorialmente el poder[42]. Ya antes del advenimiento de ésta, en el Pacto de San Sebastián de 1930 habían llegado al acuerdo de que era la mejor opción para solucionar el conflicto territorial, principalmente el catalán[43], que confirmaron después del 14 de abril de 1931.

El Partido Socialista Obrero Español, por aquél entonces, se consideraba antifederal. Hay que tener en cuenta que en la socialdemocracia europea de aquel momento existía una tensión dialéctica entre quienes propugnaban ideas más internacionalistas y el desarrollo de la diversidad nacional de la clase trabajadora[44]. En cualquier caso, no era contrario a la autonomía y en el Congreso Extraordinario de 1931 estableció en su programa que las Cortes Constituyentes debían reconocer la personalidad integral del Estado.

El partido que sí se consideraba federalista era el de Manuel Azaña, Acción Republicana, aunque posteriormente, el que después fuera Jefe del Gobierno y Presidente de la República, logró que la forma territorial que apoyara su partido fuera la misma que la que estableció el proyecto constitucional. Tras desaparecer Acción Republicana, Azaña

---

[38] Cagiao y Conde, Jorge, *Tres maneras de entender el federalismo. Pi y Margall, Salmerón y Almirall. La teoría de la federación en la España del siglo XIX*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2015, pp. 59-60.

[39] Sobre esta cuestión, De la Vallina Velarde, Juan Luis, «Pasado, presente y futuro de la región. En García-Revijano Fos, José Antonio (coord.), *Cincuentenario del Estatuto Municipal. Estudios conmemorativos,* Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1975, pp. 670-673.

[40] Solé Tura, Jordi, y Aja, Eliseo, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936),* Siglo XXI, Madrid, 1980, p. 100.

[41] Sánchez Agesta, Luis, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936),* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 489-490.

[42] Se hace un breve resumen sobre la cuestión, que he tenido oportunidad de tratar con más detenimiento en Dueñas Castrillo, Andrés Iván, *Las Comunidades Autónomas como laboratorios de democracia: participación de los ciudadanos y relaciones entre poderes, op. cit.*, pp. 38 y ss.

[43] Juliá Díaz, Santos, *La Constitución de 1931,* Iustel, Madrid, 2009, p. 25.

[44] Bauer, Otto, *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia,* Siglo XXI Editores, México, 1979, pp. 507-522.

fundó Izquierda Republicana, que en las elecciones de 1934 defendía que las Regiones habían de contar con una organización autónoma para conseguir sus fines privativos, siempre en armonía con los intereses del Estado.

También la derecha estaba de acuerdo con tal descentralización. La Derecha Liberal Republicana-Partido Republicano Progresista, partido del que fuera también Presidente del Gobierno de la II República, Niceto Alcalá Zamora, reconocía la ausencia de uniformidad territorial en España y posteriormente la Confederación Española de Derechas Autónomas defendió la necesidad de una autonomía para las Regiones.

Lógicamente, quienes propugnaban unas cotas más altas de autogobierno eran los partidos nacionalistas, como ERC, el PNV o el Partido Galleguista de Castelao, pero, en cualquier caso, finalmente también se adhirieron a la solución establecida por la Constitución de 1931.

En definitiva, el Estado integral nace a través de un proceso de contraste y transacción entre todas las opciones políticas[45]. Hasta tal punto que Azaña dijo que la Constitución había dejado abierta la solución al porvenir[46], de una manera bastante amplia, parecido a cómo lo hizo después la Constitución de 1978. Para Ortega, la autonomía era «un puente entre dos acantilados»[47].

Aunque a quien realmente se le atribuye el término «integral» es al Presidente de la Comisión Constitucional de las Cortes, Jiménez de Asúa. Para este penalista el Estado integral era una síntesis superadora del Estado unitario y del Estado federal, a lo que me referiré con más atención posteriormente.

Sobre lo que quiero llamar la atención ahora es que es cierto que tuvo especial relevancia la cuestión territorial a la hora de que se decidiera descentralizar políticamente el Estado durante la II República. Pero el argumento democrático también estuvo presente. El Estado integral se escogió como modelo para integrar la diversidad de las nacionalidades y regiones en una misma realidad, pero también para diferenciarse de los modelos no democráticos que habían precedido a la II República, que tenían en común el centralismo. De hecho, no es de extrañar que los momentos de mayor avance democrático de nuestra historia —la I República, la II República y la Constitución de 1978— hayan venido acompañados de una descentralización territorial del poder, por lo que ello se concibe como un sinónimo de mayor democracia.

---

[45] García Roca, Francisco Javier, *Contribución al estudio de la forma territorial del Estado Español*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985, pp. 114-115.

[46] Azaña, Manuel, «Discurso como Presidente del Gobierno en las Cortes de 22 de octubre de 1931, sobre la previsión de la autonomía de Cataluña en la Constitución Española». En *Sobre la autonomía política de Cataluña*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 92.

[47] Ortega y Gasset, José, «Discurso de Ortega y Gasset en la sesión de las Cortes de 13 d emayo de 1932. En *Dos visiones de España, Cataluña y España, ¿un debate sin fin?,* Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2010, p. 29.

3.2. El Estado autonómico

Los motivos por los que el constituyente de 1978 decidió impulsar una descentralización territorial del poder no se alejan mucho de los de 1931. Un modelo, el de la II República, que antes que para el Estado autonómico había servido como ejemplo para países como Italia, donde el elemento democrático a la hora de decidir que el suyo había de ser un Estado regional había sido importante[48].

Los partidos más a la izquierda, en los años previos a la promulgación de la Constitución de 1978, defendían una línea federal o incluso confederal. El principal partido de la oposición durante el franquismo, el Partido Comunista de España, en su programa de 1975 mantenía el carácter multinacional del Estado y reconocía el derecho de autodeterminación para Cataluña, País Vasco y Galicia. En el Congreso de 1974, el PSOE también reconoció tal derecho de autodeterminación.

Esta línea se abandonó un poco más tarde. En concreto, en el compromiso entre el Gobierno y la oposición de 21 de enero de 1977 se llegó al acuerdo de usar el término nacionalidades, que se incluyó en el documento que firmaron el 3 de febrero de ese año[49]. Este acuerdo, en el que se da un primer paso para solucionar el problema territorial, puede tener cierto paralelismo con el Pacto de San Sebastián de 1930 al que he hecho antes alusión, aunque con la diferencia de que en este último no participó el Gobierno. Por su parte, la derecha también era partidaria de una regionalización del Estado, aunque más administrativa que política[50].

Lo anterior confirma que «la fuerza de los hechos nacionales internos de nuestro país es la peculiaridad más importante de nuestro sistema político»[51]. Por primera vez en nuestra historia la Constitución habla de «nacionalidades» (art. 2 CE), admitiéndose que «la unidad del Estado no es sinónimo de homogeneidad nacional, sino que, por el contrario, aquella unidad puede ser compatible con el reconocimiento de la pluralidad nacional»[52], hasta el punto de que algún autor ha calificado el Estado autonómico como «plurinacionalista»[53].

---

[48] He tenido oportunidad de referirme a ello en Dueñas Castrillo, Andrés Iván, «La influencia entre España e Italia en sus ordenamientos regionales: perspectiva histórica y actuales sistemas institucionales de las Regiones y Comunidades Autónomas», *Revista General de Derecho Público Comparado,* 21, 2022.

[49] Beneyto Pérez, Juan, *Las autonomías. El poder regional en España,* Siglo XXI Editores, Madrid, 1980, pp. 287-288.

[50] Rubio Llorente, Francisco, «Nacionalidades, regiones y comunidades». En *La forma del poder,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 755-756.

[51] García Roca, Francisco Javier, y Santaolaya Machetti, Pablo, «Consideraciones sobre las finalidades del Estado autonómico como institución», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* 66, 1982, p. 146.

[52] Leguina Villa, Jesús, *Escritos sobre autonomías territoriales,* Tecnos, Madrid, 1984, pp. 24-25.

[53] Cruz Villalón, Pedro, «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa». En *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 378,

Pero detrás de la decisión del constituyente también estaban presentes otros elementos. Quizás el más importante fue poner fin a la organización territorial centralista del Franquismo. Un sistema que identificaba Estado centralizado con Estado autoritario, por lo que descentralización equivalía a mayor libertad. Además, se había producido una crisis histórica del centralismo como instrumento de renovación, algo que en nuestro país no funcionó[54].

Por tanto, en la apuesta por la descentralización política del poder en 1978, como ha explicado la profesora Biglino, fue importante la idea de democracia[55], poder limitado y aproximación de la toma de decisiones a los ciudadanos que ello conllevaba[56]. Al igual que en la II República, el régimen democrático que inaugura la Constitución de 1978 tenía como antecesor una dictadura, por lo que era necesario crear nuevas formas de poder más cercanas al ciudadano, que pudieran generar nuevos espacios de participación y poderes legítimos[57], con el objetivo de mejorar la participación de los ciudadanos, en consonancia con lo defendido por autores como Azaola[58]. Aunque no cabe duda de que en España la cuestión territorial ha sido la dominante a la hora de tomar la decisión de que el nuestro no sea un Estado unitario. Y es que, como ha mantenido también Biglino, una de las funciones del federalismo, entendido en sentido amplio, es «eliminar las tensiones que derivan de reivindicaciones basadas en lengua, cultura o tradiciones históricas diferentes, canalizándolas a través de una estructura territorial donde la unidad se asiente sobre bases más sólidas»[59].

3.3. ¿Ha sido o es España un Estado federal?

Como he mencionado *supra*, los constituyentes de la II República rehuyeron del término federal, muy probablemente por las connotaciones negativas que había tenido en el pasado constitucional de nuestro país. En este sentido, Jiménez de Asúa mantuvo que el Estado integral era una síntesis superadora del Estado unitario y del Estado federal:

---

[54] Solozabal Echavarria, Juan José, «Sobre el modelo de organización territorial del Estado según la Constitución de 1978», *Revista de Estudios Políticos,* 45, 1985, p. 54.

[55] Biglino Campos, Paloma, «La autonomía territorial como instrumento de democracia: participación, poderes y garantías». En Henao Correa, M., y Robledo Silva, P. (eds.), *Libreo de memorias. XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 819.

[56] Biglino Campos, Paloma, «Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad», *Revista de Derecho Político,* 100, 2017, p. 484.

[57] Biglino Campos, Paloma, «La funcionalidad del referéndum en los Estados miembros y finalidades del federalismo», *op. cit.*, p. 32.

[58] Solozabal Echavarria, Juan José, «Pensamiento político federal español: Azaola, Solé Tura, Trujillo», *Revista de Estudios Políticos,* 178, 2017, p. 22.

[59] Biglino Campos, Paloma, «La funcionalidad del referéndum en los Estados miembros y finalidades del federalismo», *op. cit.*, p. 36.

> «(...) frente al Estado unitario, tiene el integral la ventaja, en nuestro caso, de ser compatible, sin imponerlas, con diversos grados de autonomía regionales (...). Y frente al Estado federal, tiene el provecho de permitir, sin desnaturalizarse, la existencia de estos territorios, ligados por estrecha dependencia político administrativa, al Estado, junto a aquellas otras regiones que quieran y estén capacitadas para asumir funciones de autodeterminación»[60].

En Jiménez de Asúa estaban presentes autores de la época, como Preuβ, quien le inspiró este concepto, al igual que otros como Pérez Serrano y Miguel de las Cuevas[61]. En cualquier caso, parece que estaba hablando de otra cosa que no era un Estado federal, sino, como ya se ha mencionado, una fórmula intermedia.

Una fórmula que fue estudiada por autores italianos de la época[62], que, en cierta medida, luego introdujeron en su Constitución de 1948. En sus investigaciones coincidían en que no existían elementos suficientes como para caracterizar el Estado integral como federal, pero tampoco como unitario, algo en lo que estarían de acuerdo también autores españoles coetáneos[63].

Por tanto, la fórmula integral fue un producto de «transacciones y compenetraciones»[64], en donde se introdujo el principio dispositivo «como una fórmula tanto para evitar la generalización de la autonomía a todos los territorios como la concesión constitucional de autonomía sólo a algunos»[65]. Dicho de otra forma, el Estado integral era una fórmula imprecisa «que quería superar las dos formulaciones clásicas [la federal y la unitaria] sin que lograra un resultado claro, pero que tenía la ventaja de acomodarse a futuras formas distintas de autonomía»[66].

Pues bien, esta posibilidad de superar la noción de soberanía en la construcción de los Estados descentralizados en Europa, como se ha mencionado más arriba, y apostar por la de autonomía, ha hecho que algunos autores, entre los que se encuentra la profesora Biglino, argumenten que ya no es preciso distinguir entre Estado federal y regional, de tal manera que se consideraría como federal «cualquier organización territorial carac-

---

[60] Jiménez de Asúa, Luis, *Proceso histórico de la Constitución de la República Española*, Ed. Reu, Madrid, 1932, p. 58.

[61] Ídem, p. 56.

[62] El artículo más famoso a este respecto es el de Ambrosini (véase cita n. 29), pero antes Carena ya se había referido al Estado integral republicano en Carena, Annibale, «Tendenze federali e decentramento político nella Costituzione della Repubblica spagnola», *Annali di Scienze Politiche,* 3, 1932.

[63] Llorens, Eduardo L., *La autonomía en la integración política. La autonomía en el Estado moderno. El Estatuto de Cataluña. Textos parlamentarios y legales*, Ed. Reus, Zaragoza, 1932, y Álvarez Gendin, Sabino, «Federalismo y autonomismo», *Revista de Derecho Público,* Tomo I, 1932.

[64] Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, p. 160.

[65] Fossas Espadaler, Enric, *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 40-41.

[66] Arbeloa Muru, Víctor Manuel, *¿Una constitución democrática?,* Ed. Mañana, Madrid, 1977, p. 28.

terizada por la dualidad, esto es, por la superposición de poderes», sin que sea necesario que «la Federación y las entidades federadas estén dotadas de los tres poderes clásicos»[67].

El «poder de dominación» del que hablaba Jellinek, al que ya me he referido, que le sería atribuido a los Estados parte, en contra de su soberanía, que tan sólo tendría la Federación, para Biglino es el sinónimo de la noción de autonomía que, por ejemplo, tendrían las Regiones en la II República o las actuales Comunidades Autónomas. De esta manera, la autonomía «no es sólo la capacidad de darse leyes a sí mismo, sino de obrar conforme a ellas y dentro de los límites que éstas imponen»[68], también en coherencia con la teoría de la «Constitución total» defendida por Kelsen.

No estoy, en este caso, de acuerdo con la profesora Biglino. Creo que hay elementos esenciales que permiten distinguir al Estado regional del federal, en consonancia con autores como García-Pelayo[69]. Y creo que el Estado integral de la II República y nuestro actual Estado autonómico son Estados regionales. Ya me he referido al primero de ellos, a continuación desarrollaré el segundo.

Una de las principales características de nuestro Estado autonómico es que la Constitución no crea las Comunidades Autónomas, sino que el artículo 2 estipula una mera posibilidad, en forma de derecho, para que las regiones y nacionalidades accedan a la autonomía. Tal reconocimiento ha sido interpretado por algunos autores como que nuestros entes subestatales preexistían antes de la entrada en vigor de la Constitución[70], pero concuerdo con Rubio Llorente en que esto sólo se puede entender desde un punto de vista histórico y no jurídico porque, en caso contrario, no se hubiera reconocido un derecho a la autonomía a unos entes que ya serían objeto de Derecho antes de la promulgación de la Constitución[71].

En cualquier caso, a diferencia de un sistema federal, en donde, como ha mantenido la propia Biglino, «la norma fundamental no crea el poder de los Estados miembros, ya que éstos son preexistentes a la propia Federación»[72], en España es la Constitución la que permite que, en su caso, pueda haber entes subestatales con Poder Legislativo, dependiendo de cómo ejerzan ese derecho a la autonomía. Esta es, probablemente, la mayor singularidad de nuestro modelo pues, a diferencia de otros Estados regionales, como Italia, donde la Constitución estipula cuáles son las Regiones (art. 131), la nuestra es una Constitución «que permite, sin sufrir modificación alguna, lo mismo un Estado

---

[67] Biglino Campos, Paloma, «Una democracia en clave federal», *op. cit.*, p. 685.

[68] Biglino Campos, Paloma, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia, op. cit.*, p. 122.

[69] García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, pp. 242 y ss.

[70] Díaz Revorio, Francisco Javier, «Proceso constituyente y proceso descentralizador: ¿de dónde venimos y adónde vamos? En Oliver Araujo, Joan (dir.), *El futuro del Estado Español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 117.

[71] Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 800.

[72] Biblino Campos, Paloma, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia, op. cit.*, p. 169.

unitario y centralizado, que un Estado sustancialmente federal, que, incluso, fenómenos que rebasan los límites del Estado federal para recordar fórmulas confederales»[73]. Por eso fueron tan importantes los Acuerdos Autonómicos de 1981 entre la Unión de Centro Democrático, partido en el Gobierno por aquel entonces, y el principal partido de la oposición, el Partido Socialista Obrero Español, en los que se pactó la generalización del proceso autonómico y, lo que es más importante, que todas las Comunidades contaran con Poder Legislativo y una misma estructura institucional.

Otro rasgo importante que no comparten un Estado federal y nuestro Estado autonómico es que no existe una dualidad organizativa perfecta. Las Comunidades Autónomas no cuentan con los tres poderes clásicos de un Estado, ya que el Poder Judicial es único en España. Y además podría suceder que alguna Comunidad Autónoma no contase con Poder Legislativo. Tal y como se acaba de mencionar en el anterior párrafo, esta fue una decisión política y nuestro modelo sigue abierto, por lo que nada obsta a que se pueda llegar a otra solución diferente en el futuro y que alguna Comunidad Autónoma, en el ejercicio de su autonomía, prefiera ostentar una mera potestad reglamentaria, más aún si tenemos en cuenta que existen opciones políticas que han gobernado en Comunidades Autónomas que así lo defienden en sus programas electorales[74].

El reparto de competencias también es diferente del que se produce en un Estado federal, al menos idealmente. En estos modelos el listado de competencias expreso es para aquellas competencias que los entes federados ponen en común, esto es, las de titularidad federal, mientras que todas las demás corresponden a los entes subestatales. Por tanto, los Estados miembros son titulares de una competencia general. Sin embargo, en los Estados regionales la competencia general es la del Estado y las competencias enumeradas las de las Regiones[75]. El modelo autonómico sigue este patrón, de tal manera que se enumeran una serie de competencias exclusivas del Estado en el artículo 149 CE, mientras que el artículo 148 CE dispone las competencias que pueden hacer suyas las Comunidades Autónomas a través de los Estatutos de Autonomía o las leyes del artículo 150.2 CE, a través del cual el Estado también puede transferir materias enumeradas en el artículo 149 CE si su naturaleza lo permite. En suma, son estas normas, y no la Constitución, las que definen el poder de las instituciones centrales del Estado hasta el punto de afirmar que los Estatutos, en este aspecto, «han concluido la Constitución»[76]. Debido a tal complejidad en el reparto de competencias, y a la falta de mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades previstos en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha jugado un papel muy importante en la delimitación de este reparto, de tal manera que algunos autores han calificado al modelo autonómico

[73] Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 384.

[74] Programa electoral de VOX para las elecciones generales del 23 de junio de 2023, p. 8. Disponible en https://www.voxespana.es/programa/programa-electoral-vox

[75] D'Atena, Antonio, *Diritto regionale*, G. Giappichelli editore, Turín, 2013, pp. 15-16.

[76] Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 819.

como un «Estado jurisdiccional autonómico»[77]. Incluso se ha dicho que el Tribunal Constitucional ha llegado a actuar como una suerte de poder constituyente prorrogado[78].

Por otro lado, las Comunidades Autónomas no están integradas en la conformación de la voluntad general del Estado. En primer lugar, porque no existe una Cámara que las represente, aunque el artículo 69.1 CE configure al Senado como Asamblea de representación territorial. La realidad es que son las provincias, y no las Comunidades Autónomas, las que ahí están representadas y la práctica política del Senado no se lleva a cabo en función de la procedencia territorial de los senadores, sino de los partidos políticos a los que pertenecen. Lo estamos viendo en la actualidad, donde la mayoría absoluta que tiene la oposición en el Senado está haciendo de esta Cámara una especie de contrapeso al Gobierno de la nación, no por cuestiones que tengan que ver con las Comunidades Autónomas, sino sobre materias de las que, ni mucho menos, son competencia de ellas[79]. A pesar de que haya autores que consideran que esto no es significativo[80], pienso que esta es una gran diferencia con la de un Estado federal, donde la Cámara Alta es un Parlamento en el que verdaderamente están representados los intereses federales, como en Estados Unidos o Alemania, aunque en estos dos países sus modelos de segunda Cámara sean diferentes. Y esto es lógico que no haya sucedido en España, por la simple razón de que el constituyente no pudo diseñar un Senado de conformación autonómica por el hecho de que las Comunidades Autónomas no existían en ese momento, aunque en 1978 ya hubiera autores que defendían una Cámara de representación de las nacionalidades y regiones[81].

En segundo lugar, las Comunidades Autónomas tampoco participan en la reforma de la Constitución. En los Estados federales, los entes subestatales suelen hacerlo a través de la Cámara de representación territorial, que, como se acaba de demostrar, en España no existe, o a través de la aprobación de la reforma por un número estipulado de Estados. Como es sabido, en España la Comunidades Autónomas únicamente pueden participar en la reforma de la Constitución en la fase de iniciativa, esto es, realizando una proposición de reforma constitucional, en virtud del artículo 166 CE. Las Cortes Ge-

---

[77] Aragón Reyes, Manuel, «La construcción del Estado autonómico». En *Estudios de Derecho Constitucional,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 876.

[78] Jove Villares, Daniel, «El Tribunal Constitucional como constituyente prorrogado de la Constitución territorial», *Revista Aranzadi Doctrinal,* 7, 2017, p. 243.

[79] Por poner sólo un ejemplo, véase el debate sobre la Ley de Amnistía de la última vez, en el momento en el que se escriben estas líneas, que se reunió en el Senado la Comisión General de las Comunidades Autónomas a propuesta del Grupo Parlamentario Popular en el Senado: https://www.rtve.es/noticias/20240408/amnistia-senado-pp-pere-aragones/16048829.shtml

[80] Blanco Valdés, Roberto, «El largo viaje de España: de la invención del Estado autonómico al impulso hacia la confederación». En VV.AA., *Seminario de la construcción del Estado autonómico español*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2009, p. 10.

[81] Aguiló Lucía, Lluis, «Los estatutos de autonomía y el control parlamentario». En Ramírez, Manuel (ed.), *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Labor, Madrid, 1978, p. 323.

nerales, en su caso, harán suya la propuesta, con capacidad de enmienda. La realidad es que ha habido por parte del Parlamento nacional poca lealtad y respeto cuando se ha producido[82].

En tercer lugar, las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas no aparecen casi mencionadas en la Constitución. Tan sólo se hace referencia a los acuerdos de cooperación horizontales en el artículo 145.2. Aunque se hayan creado con posterioridad Conferencias Sectoriales y la Conferencia de Presidentes, son órganos con poca relevancia —más allá del paréntesis de la pandemia por COVID-19— y demasiado informales. La bilateralidad suele ser el modelo habitual de relación de las Comunidades Autónomas con el Estado[83], en contraposición «a la práctica en los países federales y la lógica más elemental de que se integren en la misma relación todas las Comunidades Autónomas que lo consideren conveniente»[84].

Por último, las Comunidades Autónomas tampoco participan en el nombramiento de los órganos constitucionales, lo cual es sumamente importante en el caso del Tribunal Constitucional, si tenemos en cuenta la trascendencia que ha tenido su jurisprudencia en la Construcción del Estado autonómico y su papel de garante de la «Constitución total» kelseniana. La única especificidad se introdujo en 2007, cuando se reformó el reglamento del Senado, introduciendo en su artículo 184.7 que para el nombramiento de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponden las Asambleas Legislativas autonómicas podrán realizar hasta dos propuestas de candidatos cada una de ellas.

En conclusión, aunque, efectivamente, España es uno de los países más descentralizados del mundo, pienso que ello no es condición suficiente para calificar nuestro Estado autonómico como federal, como tampoco lo fue el Estado integral de la II República, sino que son Estados regionales, por todos los motivos apuntados en este apartado.

4. Conclusiones

No cabe duda de que una de las funciones de la descentralización territorial del poder ha sido y es la de ahondar en una mayor y mejor democracia. En Estados Unidos,

[82] Se han cumplido 10 años desde que en mayo de 2014 la Junta General del Principado de Asturias aprobase su proposición de reforma constitucional, sin que el Congreso de los Diputados haya debatido tan siquiera su toma en consideración. Sería deseable una reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para establecer un plazo máximo en el que estas iniciativas han de someterse a debate para evitar situaciones como esta.

[83] Sobre esta cuestión, véase Carranza, Gonzalo G., *La lealtad en el sistema autonómico español*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022, pp. 145 y ss.

[84] Aja Fernández, Eliseo, «Propuestas para el desarrollo del Estado de las autonomías». En VV.AA., *Federalismo y Estado de las autonomías*, Planeta, Barcelona, 1988, p. 157.

el federalismo está asociado a la idea de frenos y contrapesos, en suma, a la limitación del poder. Con ello se pretende garantizar un mayor ámbito de libertad al individuo y un mayor respeto a los derechos de las minorías. Como ha explicado la profesora Biglino, todo ello trajo consigo una de las mayores innovaciones que ha aportado el constitucionalismo estadounidense: la soberanía popular y el control de constitucionalidad.

Aunque de manera muy distinta, esta idea también ha estado presente en Europa en los países que han apostado por una descentralización territorial del poder. Austria fue el primer Estado en poner en práctica la «Constitución total» ideada por Kelsen, con un Tribunal Constitucional como árbitro que evitase los abusos del Estado central sobre los entes subestatales y viceversa. Ello no hubiera sido posible, de nuevo, sin la idea de soberanía popular y limitación de los poderes constituidos.

El ideal democrático ha estado detrás de la decisión de que España no fuese un país centralista. Así lo demuestran los tres episodios de mayor avance democrático de nuestra historia, como ya se ha dicho: el proyecto federal de la I República, el Estado integral de la II República y el Estado autonómico de la Constitución de 1978. La II República fue un proyecto innovador, cuyo modelo quería dejar atrás el autoritarismo centralista de la dictadura de Miguel Primo de Rivera; al igual que el Estado autonómico quería dejar de lado el Estado centralista de la dictadura franquista.

Las anteriores son dos formas de concebir la descentralización territorial del poder que, a juicio de quien escribe estas líneas, son dos claros ejemplos de lo que es un Estado regional. Aunque pueda coincidir con la profesora Biglino en que las diferencias entre el Estado regional y el federal son cada vez menos nítidas, sobre todo en países en los que los entes subestatales gozan de un elevado nivel de autonomía, incluso más que en algún Estado federal, pienso que aún existen notas características que son propias y singularizan a los regionales. Pese a las discrepancias que pueda mantener con mi maestra, creo que el Estado autonómico es un claro ejemplo de un modelo de estas características que, aunque haya sufrido crisis políticas importantes, se puede afirmar que ha sido exitoso. Esta es una cuestión sobre la que estoy seguro que podremos seguir discutiendo en el futuro, porque es mucho lo que me queda por aprender de ella.

CAPÍTULO 32

EL RECONOCIMIENTO MUTUO COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 139.2 DE LA CONSTITUCIÓN[1]

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
(Universidad Autónoma de Madrid)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Introducción

La jurisprudencia constitucional en materia competencial, después de más de cuarenta años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, se puede considerar que es relativamente estable, pero hay ocasiones en las que el Tribunal desarrolla construcciones novedosas que, sin embargo, pasan relativamente inadvertidas para la doctrina académica a pesar de ser de la máxima relevancia para la compresión de nuestro estado autonómico.

Tal es el caso del principio de reconocimiento mutuo que por primera vez ha sido considerado como un principio constitucional directamente derivado del artículo 139.2 CE por la STC 68/2021, de 18 de marzo.

El principio de reconocimiento mutuo tiene su origen en el derecho comunitario, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, donde se plantea si debe ser entendido como un principio incondicionado o condicionado. En la jurisprudencia constitucional española aparece con fuerza en la STC 79/2017 cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad del principio de eficacia nacional recogido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, precisamente por tratarse de un principio de reconocimiento mutuo incondicionado. Para la STC 79/2017, si bien tal principio incondicionado sería inconstitucional no lo sería, en cambio, si el principio de reconocimiento mutuo fuese reconocido por el legislador estatal condicionándolo a la existencia de un nivel equivalente de protección.

[1] Este trabajo, en homenaje y agradecimiento al constante magisterio de la Profesora Paloma Biglino, ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I+D+i 2020 concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político» (referencia PID2020-117503GB-I00), cuyo investigador principal es X. Arzoz.

La STC 68/2021 ha dado un paso más y ha convertido lo que era una posibilidad (que el legislador estatal estableciese un principio de reconocimiento mutuo condicionado a la equivalencia en el nivel de protección) en una exigencia constitucional. A partir de la STC 68/2021 se interpreta que la Constitución no sólo permite, sino que impone en su artículo 139.2 tal principio condicionado de reconocimiento mutuo.

Al igual que el Tribunal de Justicia derivó a finales de los años 70 del siglo pasado un principio de reconocimiento mutuo condicionado del derecho originario europeo, más concretamente de las libertades básicas del mercado interior, ahora el Tribunal Constitucional deriva un principio de reconocimiento mutuo condicionado de la norma constitucional, del precepto equivalente a tales libertades: el artículo 139.2 CE.

A analizar la cuestión dedicaremos estas páginas examinando en primer lugar el surgimiento jurisprudencial del principio de reconocimiento mutuo en el asunto *Cassis de Dijon* (apartado 2), examinando en segundo lugar la doctrina sentada en la STC 79/2017 y por la cual se considera inconstitucional el principio de eficacia nacional por tratarse de un principio de reconocimiento mutuo incondicionado (apartado 3), y examinando en tercer lugar la doctrina sentada en la STC 68/2021 y por la cual el principio de reconocimiento mutuo condicionado a la existencia de equivalencia en el nivel de protección dispuesto por cada ordenamiento autonómico se deriva directamente del artículo 139.2 CE como un principio constitucional (apartado 4).

2. El principio de reconocimiento mutuo en el Derecho de la Unión Europea

El principio de reconocimiento mutuo tiene su origen en el Derecho Comunitario y más concretamente en un pronunciamiento que realizó el Tribunal de Justicia en el asunto *Cassis de Dijon*[2] donde señaló que, con fundamento en el precepto del Tratado CEE que recogía la libre circulación de mercancias, no había «ningún motivo válido para impedir que las bebidas alcohólicas, a condición de que se produzcan y comercialicen legalmente en un Estado miembro, se introduzcan en cualquier otro Estado miembro».

Tal afirmación inquietó a las organizaciones de consumidores de los estados miembros que temían que ello significase que cualquier mercancía producida dentro de la entonces Comunidad Económica Europea conforme a las reglamentaciones de un Estado miembro tuviera que ser aceptada en todos los demás Estados[3]. Ello habría su-

[2] Sentencia de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78, *Rewe Zentrale c. Bundesmonopolverwaltungf für Brranntwein*, popularmente conocido como *Cassis de Dijon.*

[3] Stoffel Vallotton, N., *La Prohibición de Restricciones a la Libre Circulación de Mercancías en la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 420.

puesto la posibilidad de tener que admitir productos elaborados con estándares de seguridad, salud, etc. más bajos por el simple hecho de que estuviesen producidos conforme a la normativa del Estado miembro de producción. Este entendimiento de lo dicho por el Tribunal produciría, evidentemente, la innecesariedad de realizar regulaciones comunes y armonizadas por parte del legislador europeo para conseguir un espacio económico único y solucionaría la presumible fragmentación que producía la aceptación de las diferentes regulaciones estatales; asumida, por cierto, en el propio asunto *Cassis de Dijon* con la aceptación de la doctrina de las exigencias imperativas establecida poco tiempo antes en el asunto *Dassonville*[4].

La Comisión en una Comunicación adoptada poco tiempo después del pronunciamiento judicial[5] interpretará que a partir de la jurisprudencia establecida en *Cassis* se ha reconocido un nuevo principio en el derecho comunitario: el de que «todo producto legalmente fabricado y comercializado en un Estado miembro debe ser, en principio, admitido en el mercado de cualquier otro Estado miembro». Así, un Estado miembro no puede prohibir la venta en su territorio de un producto legalmente fabricado y comercializado en otro Estado miembro, aunque ese producto esté fabricado con arreglo a prescripciones técnicas distintas de las exigidas a sus propios productos. Sin embargo, la Comunicación de la Comisión estableció una importante matización a la afirmación recién reproducida, pues consideró que para que un Estado miembro estuviese obligado a aceptar un bien producido conforme a las normas de otro Estado miembro, las normas de este último *debían responder de forma conveniente y satisfactoria al objetivo legítimo perseguido por la normativa del Estado importador*.

Los estados pueden perseguir mediante sus regulaciones objetivos legítimos —las denominadas exigencias imperativas en el caso de la libre circulación de mercancías o razones imperiosas de interés general en el caso del resto de libertades—, pero si los estándares de protección de tales objetivos son equivalentes, entonces el Estado miembro importador no podrá alegar, para justificar la prohibición de venta en su territorio, que los concretos medios utilizados para lograr ese objetivo diferían de los impuestos a los productos nacionales.

Esta interpretación del alcance del principio de reconocimiento mutuo como un principio condicionado a la existencia de un nivel equivalente de protección de un determinado objetivo considerado legítimo (protección de la salud, seguridad, medio ambiente...) habría sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mediante, precisamente, el desarrollo de la doctrina de las exigencias imperativas y de las razones imperiosas de interés general. Doctrina que permitía a los Estados miembros, en ausen-

[4] En Quadra-Salcedo Janini, T., *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en los Estados Unidos y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. De acuerdo con la doctrina de las exigencias imperativas son lícitas las restricciones a la libre circulación de mercancías que se justifiquen en la promoción proporcionada de un objetivo considerado legítimo.

[5] Comunicación de 3 de octubre de 1980. DOCE núm. C 256/2/80.

cia de armonización del legislador europeo, establecer de manera justificada regulaciones obstaculizadoras del comercio intracomunitario justificadas en la promoción proporcionada de objetivos considerados legítimos. Y habría sido asumida explícitamente por el propio Tribunal de Justicia cuando, por ejemplo, en el asunto sobre las máquinas de cortar madera[6], afirmó que el Derecho europeo, en ausencia de una armonización del nivel de protección, «no obliga a los Estados miembros a admitir en su territorio máquinas peligrosas acerca de las cuales no está demostrado que ofrecen el mismo nivel de protección a quienes las usan en ese territorio»[7].

Así, el principio de reconocimiento mutuo tal como ha sido desarrollado por la jurisprudencia europea a partir de las libertades básicas del mercado interior recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión supone que un Estado miembro debe permitir la comercialización en su territorio de los bienes elaborados de conformidad con las reglamentaciones del país de origen si las exigencias establecidas por estas son equivalentes[8] a las establecidas por la normativa del país importador[9].

El principio de reconocimiento mutuo que se derivaría del Derecho originario europeo no sería, por tanto, un principio absoluto, sino que es un principio que puede ser restringido o condicionado a la existencia de una equivalencia en el nivel de protección de una determinada exigencia imperativa o razón imperiosa de interés general.

El principio de reconocimiento mutuo no es sino la consecuencia de la aplicación de un escrutinio de proporcionalidad a aquellas regulaciones de los Estados miembros que obstaculizan la libre circulación de personas y bienes por tener efectos diferenciados más onerosos sobre los productos o servicios provenientes de fuera que sobre los provenientes de dentro, pues supone considerar que no superan la comprobación de su necesidad aquellas restricciones a la libre circulación que no se justifican por existir alternativas menos restrictivas igual de eficaces para alcanzar la finalidad pretendida, y en estos casos la alternativa menos restrictiva igual de eficaz (pues existe una equivalencia en el nivel de protección) no es otra que el reconocimiento mutuo.

---

[6] Sentencia de 28 de enero de 1986, Asunto 188/84, *Comisión v. República de Francia*.

[7] Apartado 17.

[8] En el Libro Blanco sobre la consecución del Mercado Interior de 1985 la Comisión subrayaba que «en realidad los objetivos de las distintas legislaciones nacionales (...) son con frecuencia idénticos. De ahí que las normas y disposiciones de control coincidan, *bajo formas diferentes*, y hayan de ser reconocidas en todos los Estados miembros».

[9] Así lo subraya la STC 79/2017, cuando afirma que «el principio de reconocimiento mutuo tal como ha sido admitido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia supone que, en relación con los bienes, un Estado miembro debe permitir la comercialización en su territorio de los bienes elaborados de conformidad con las reglamentaciones del Estado de origen, cuando los productos importados han sido fabricados conforme a unos parámetros que establecen un nivel de protección similar. Ahora bien, cuando no se cumple el presupuesto de que el nivel de protección sea equivalente, los Estados miembros sí podrán imponer el cumplimiento de su nivel de protección a los bienes elaborados conforme a estándares de protección inferiores». Idea que según la STC 79/2017 es también aplicable en relación con la prestación de servicios, con o sin establecimiento permanente (Sentencia de 22 de enero de 2002, C-390/99, asunto *Canal Satélite Digital, S.L.*).

3. Una primera aproximación jurisprudencial al principio de reconocimiento mutuo en la STC 79/2017: su inconstitucionalidad cuando es incondicionado y la posibilidad de que el Estado lo reconozca cuando es condicionado

Uno de los aspectos doctrinalmente más controvertidos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM en adelante), fue la inclusión del denominado principio de eficacia nacional.

El principio de eficacia nacional recogido en la LGUM era un principio de reconocimiento mutuo incondicionado y por ello fue declarado inconstitucional por las SSTC 79/2017, de 22 de junio, y 110/2017, de 5 de octubre[10].

Sin embargo, al tiempo que el Tribunal Constitucional consideraba inconstitucional un principio de reconocimiento mutuo incondicionado como era el principio de eficacia nacional, el Tribunal admitía la constitucionalidad de que el legislador estatal hubiese establecido un principio de reconocimiento mutuo condicionado a la equivalencia en el nivel de protección.

3.1. El principio de eficacia nacional recogido en la LGUM: un principio de reconocimiento mutuo incondicionado

El artículo 6 de la LGUM disponía que «los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo V de esta Ley».

El Capítulo V, integrado por dos artículos, el 19 y el 20, desarrollaba el alcance del principio de eficacia nacional enunciado en el referido artículo 6.

El apartado 1 del artículo 19 disponía que «desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar».

El apartado 2 del artículo 19 establecía que «cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español podrá circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado».

[10] Sobre los problemas jurídicos que plantea un principio similar como es el principio de país de origen en el ámbito europeo ver Quadra Salcedo Janini, T., «El principio de reconocimiento mutuo en los sistemas políticos descentralizados». En Arroyo Jiménez, L., y Nieto Martín, A. (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el derecho español y europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

Y el apartado 3 del artículo 19 enunciaba la consecuencia de lo señalado en los dos primeros apartados del propio precepto cuando establecía que «cuando conforme a la normativa del lugar de destino se exijan requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías a los operadores económicos o a los bienes, distintos de los exigidos u obtenidos al amparo de la normativa del lugar de origen, la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos, aunque difieran en su alcance o cuantía. Asimismo, el libre ejercicio operará incluso cuando en la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguno»[11].

La consecuencia fundamental del establecimiento del principio de eficacia nacional era que la autoridad del lugar de destino —definida en la letra e) del anexo de la propia LGUM como aquella autoridad competente del lugar del territorio nacional donde un operador legalmente establecido en otro lugar del territorio nacional lleva a cabo una actividad económica, mediante establecimiento o sin él— tendría que asumir la plena validez de los requisitos de acceso establecidos por la normativa del lugar de origen, aunque difirieran en su alcance o cuantía (o incluso cuando la actividad económica no estaba sometida a requisitos en dicho lugar) respecto de los instaurados por la normativa del lugar de destino para los operadores establecidos en su territorio. Igualmente tendría que asumir que cualquier producto legalmente producido al amparo de una normativa de un lugar del territorio español pudiese circular y ofertarse libremente en el resto del territorio nacional.

Así, las autoridades de destino del producto o el servicio no podrían exigir a los operadores económicos establecidos fuera de la Comunidad Autónoma requisitos de acceso a una actividad económica adicionales a los exigidos por su normativa de origen o requisitos sobre las características del producto distintos a los exigidos por su normativa de origen para permitirles el ejercicio de una actividad económica o la comercialización de bienes en su territorio.

[11] El principio de eficacia en todo el territorio nacional de los requisitos de acceso a una actividad encontraba además su concreción y complemento en la regulación prevista en el artículo 20 de la Ley 20/2013 que recogía tanto las excepciones a la aplicación de dicho principio como aquellas actuaciones administrativas a las que se reconoce plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos. Así, el artículo 20 realizaba una enumeración ejemplificativa no cerrada de aquellos medios de intervención: a) autorizaciones, licencias, habilitaciones y cualificaciones profesionales obtenidas de una autoridad competente para el acceso o el ejercicio de una actividad, para la producción o la puesta en el mercado de un bien, producto o servicio. b) Las declaraciones responsables y comunicaciones presentadas ante una autoridad competente para el acceso o el ejercicio de una actividad económica. c) Las inscripciones en registros que sean necesarias para el acceso o ejercicio de una actividad económica. d) Cualesquiera otros requisitos normativamente establecidos que permitan acceder a una actividad económica o ejercerla. Y el propio precepto dispone que «los reconocimientos o acreditaciones, calificaciones o certificaciones de una autoridad competente o de un organismo dependiente, reconocido o habilitado por ella, serán plenamente válidos a todos los efectos en todo el territorio nacional, sin que pueda exigirse la realización de ningún trámite adicional o el cumplimiento de nuevos requisitos».

Para determinar el lugar de origen de un operador económico la letra d) del anexo de la LGUM dispondría que «se entenderá que un operador está establecido legalmente en un territorio cuando en ese lugar se acceda a una actividad económica y a su ejercicio» y la Disposición adicional décima de la LGUM establecería que «[c]uando en aplicación de la definición prevista en la letra d) del anexo de esta Ley el operador se haya establecido en más de un lugar, elegirá como autoridad de origen la de cualquiera de los lugares en los que se haya establecido y comunicará su elección a las autoridades afectadas».

Era por tanto el operador económico el que tendría la capacidad de determinar su lugar de origen, pues es él el que lo elige cuando se ha establecido en más de un lugar; es decir cuando ha accedido a una actividad económica y a su ejercicio en diferentes partes del territorio nacional. Así, era el operador económico el que de acuerdo con la norma estatal determinaría el lugar de origen y por tanto determinaría al fin y a la postre la normativa de acceso a la actividad económica que se le impondría en todo el territorio nacional.

Por tanto, el principio de eficacia nacional tal como se recogía en la redacción originaria de la LGUM suponía que la normativa del lugar de origen del operador desplazaba a la normativa del lugar en donde se ejerce la actividad o vende el producto, la denominada normativa del lugar de destino[12].

El principio de eficacia nacional abría la posibilidad de que hasta diecisiete normativas distintas de las diversas Comunidades Autónomas actuando como Comunidades de origen se apliquen en un mismo territorio de destino. Pero además abre la posibilidad de que, en virtud de la aplicación del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad[13] recogido en el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la autoridad autonómica de destino venga obligada a aceptar en su territorio la comercialización de productos o la prestación de servicios que se adecuen a las normativas de origen, independientemente del estándar de protección que establezcan, no sólo de las distintas Comunidades Autónomas sino también de los 27 Estados miembros de la Unión Europea[14].

Así, en la práctica la LGUM habilitaba a que cualquier operador económico de la Unión Europea pudiese ejercer su actividad en nuestro país, incluso cuando la actividad

[12] Para el Tribunal el principio de eficacia nacional supone una habilitación a cualesquiera operadores económicos para actuar en cualquier lugar del territorio español con tal de cumplir «los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar».

[13] La discriminación prohibida consistiría en que productos nacionales procedentes de cualquier Comunidad autónoma podrían venderse en las demás CCAA sin cumplir ningún requisito o requisitos insuficientes y, en cambio, los productos de países europeos solo podrían venderse si satisfacen productos equivalentes.

[14] En esta línea el Bundesrat alemán hizo notar cuando se pronunció en relación con el principio de país de origen contenido en el anteproyecto de Directiva de servicios que, el resultado de la aplicación de tal principio sería que la uniformidad del derecho ya no prevalecería en el Estado Miembro en cuestión (Bundesrat, 2004:19).

económica no estuviese sometida a requisitos de acceso equivalentes o a ningún requisito en su lugar de origen. La LGUM habilitaba igualmente a que cualquier producto producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio europeo —pues reiteramos que una eventual exigencia de que la norma que lo ampare sea nacional contravendría el derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad recogido en el artículo 18 TFUE— pudiese circular y ofertarse libremente en nuestro país desde el momento de su puesta en el mercado.

Más allá de las consecuencias señaladas, el principio de eficacia nacional tendría determinadas consecuencias prácticas que fueron igualmente señaladas por la doctrina académica y por el propio Tribunal Constitucional: aquellos regímenes jurídicos más restrictivos de la libertad económica pero que se justifican en atención a la salvaguarda proporcionada de determinados objetivos legítimos van a quedar desplazados por aquellos otros regímenes que menos cargas o trabas impongan, pues los operadores económicos van a ser los que seleccionen el régimen que quieren que les sea aplicado. El principio de eficacia nacional es, en realidad, un principio liberalizador de los mercados.

3.2. La STC 79/2017, de 22 de junio: la declaración de inconstitucionalidad del principio de eficacia nacional recogido en la LGUM y la eventual aceptación de un principio de reconocimiento mutuo condicionado a la equivalencia en el nivel de protección

El Tribunal Constitucional en la STC 79/2017 declaró inconstitucional y nulo el principio de eficacia nacional, al considerar que suponía excepcionar el principio de territorialidad en el que se fundaría nuestro modelo constitucional de distribución de competencias sin que ello se pudiese amparar en el ejercicio de la competencia estatal sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE).

Subraya el Tribunal Constitucional que el alcance territorial de las competencias autonómicas viene impuesto por la organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas que realiza nuestra Constitución y responde a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades[15]. Así, para el Tribunal Constitucional el territorio autonómico se configura como un elemento definidor de las competencias de cada Comunidad Autónoma en su relación con las demás Comunidades Autónomas y con el Estado, y permite localizar la titularidad de la correspondiente competencia, en atención al ámbito en que se desarro-

[15] STC 44/1984, de 27 de marzo, FJ 2.

llan las oportunas actividades materiales. Las competencias de las Comunidades Autónomas se circunscriben así a su ámbito territorial, lo que significa que las competencias autonómicas deben tener por objeto fenómenos, situaciones o relaciones radicadas en el territorio de la propia Comunidad Autónoma.

El principio de territorialidad, que para la jurisprudencia del Tribunal se encontraría implícito en la norma fundamental, se encuentra explicitado en los Estatutos de Autonomía que han dispuesto que el ámbito espacial de las competencias de sus instituciones está referido al territorio autonómico respectivo. Territorio que, de acuerdo con el artículo 147.2.b) CE, corresponde delimitar, como contenido necesario, a los Estatutos de Autonomía, que de este modo delimitan «el ámbito espacial de aplicación de los actos y disposiciones jurídicas pertenecientes al subsistema normativo de cada Comunidad Autónoma»[16].

El principio de eficacia nacional, tal y como se encontraba recogido en los artículos 6, 19 y 20 de la LGUM, al someter a los operadores económicos y a los bienes a la normativa de su lugar de origen en lugar de a la normativa de su lugar de destino quiebra el ámbito espacial de las competencias autonómicas.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no desconoce que su propia doctrina ha admitido excepciones al principio de territorialidad y recuerda que ha diferenciado entre el ejercicio de las competencias autonómicas y los efectos de tal ejercicio, para, precisamente, admitir los efectos extraterritoriales en este segundo caso. Así, para el Tribunal cabe distinguir «el ejercicio de las competencias autonómicas, que debe limitarse, como regla general, al ámbito territorial correspondiente, y los efectos del ejercicio de dichas competencias, los cuales pueden manifestarse fuera de dicho ámbito»[17], lo que le conduce a la conclusión de que la «limitación territorial de la eficacia de normas y actos no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a esos órganos [autonómicos], en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional. La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente de toda capacidad de actuación»[18].

De acuerdo, por tanto, con la doctrina referida si bien el ejercicio de las competencias autonómicas debe limitarse al ámbito territorial autonómico correspondiente, cabe reconocer por parte del Estado a las normas y actos autonómicos eficacia extraterritorial, pues, al Estado siempre le corresponderá la fijación de los puntos de conexión que ofrez-

[16] STC 99/1986, de 11 de julio, FJ 4.
[17] SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1, y 27/2014, de 13 de febrero, FJ 4.
[18] STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1.

can a las Comunidades Autónomas una regla de atribución de competencias que posibilite dicha eficacia y, a la vez, evite el eventual conflicto de intereses[19].

De acuerdo con la STC 79/2017, la competencia del Estado para otorgar eficacia supraterritorial a ciertas normas y actos administrativos autonómicos solo es constitucionalmente admisible si se respeta un presupuesto: la equivalencia en la protección del legítimo objetivo pretendido por parte de las normas y actos del lugar de origen y los del lugar de destino.

Por tanto, el reconocimiento de eficacia supraterritorial a la normativa y a las actuaciones administrativas de la Comunidad Autónoma de origen no puede ser en ningún caso automático e incondicionado.

Para el Tribunal Constitucional, en ausencia de una uniformización normativa —bien por coincidir el nivel de protección de las diversas Comunidades Autónomas de origen y destino bien por existir una normativa común supra-autonómica de tal carácter—, la Comunidad Autónoma de destino, una vez verificado cuál sea el estándar de protección de una determinada razón imperiosa de interés general establecido por la normativa de la Comunidad Autónoma de origen, podría no reconocer automáticamente eficacia supraterritorial a la normativa y a las actuaciones administrativas de la Comunidad Autónoma de origen cuando el nivel de protección de aquella razón imperiosa no sea equivalente al nivel de protección general establecido por la Comunidad Autónoma de origen.

Así, únicamente en los supuestos de ejecución de normas que o bien son comunes o bien son equivalentes, cabe excepcionar el principio de territorialidad, pues en estos casos cada autoridad autonómica está aplicando al fin y a la postre una misma política normativa, una misma regulación. En tales casos, la extensión de la eficacia de los actos de ejecución autonómicos a todo el territorio nacional encontraría su justificación en la existencia de una equivalencia o uniformidad en la normativa aplicable. En este supuesto no se pone en cuestión el rasgo fundamental de la autonomía política: la capacidad de adoptar políticas normativas propias. Así, en la medida en que exista una legislación estatal común, o exista una pluralidad de legislaciones autonómicas que, no obstante sus diferencias técnicas o metodológicas, fijen un estándar de protección que pueda ser considerado equivalente, el Estado podrá, decía la STC 79/2017, reconocer a las decisiones autonómicas efectos extraterritoriales a través de la imposición del reconocimiento de la decisión adoptada en una determinada Comunidad Autónoma en el resto.

De la STC 79/2017 se desprende que una poderosa razón para reconocer eficacia extraterritorial a determinadas decisiones autonómicas y no a otras se vincula con una

[19] STC 27/2014, de 13 de febrero, FJ 4. El Estado, en virtud de las competencias normativas que posee en una materia, puede establecer los puntos de conexión territorial que estime oportunos para establecer la Comunidad Autónoma a la que corresponde ejercer una determinada competencia ejecutiva, por ejemplo, el otorgamiento de una autorización a un operador que pretende desarrollar una actuación de alcance superior al territorio de una Comunidad Autónoma.

importante manifestación del principio democrático. En efecto, según el Tribunal cuando de lo que se trata es de otorgar eficacia extraterritorial a actos ejecutivos autonómicos que aplican un Derecho que no es equivalente al Derecho adoptado en el territorio en el que se reconoce tal eficacia o directamente se trata de otorgar eficacia extraterritorial a disposiciones normativas que establecen un estándar distinto, la ruptura del principio de territorialidad estatutariamente reconocida supone obligar a una Comunidad Autónoma a tener que aceptar dentro de su territorio una pluralidad de políticas ajenas. Aceptación que tropieza con la capacidad para elaborar sus propias políticas públicas en las materias de su competencia y entraña la constricción de su autonomía al permitirse la aplicación en el territorio de la Comunidad Autónoma de disposiciones adoptadas por un órgano representativo en el que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma en la que finalmente se aplica no se encuentran representados.

Así, la configuración del principio de eficacia nacional que realizaba la LGUM, como un principio de reconocimiento mutuo incondicionado, olvida que la territorialidad no sólo responde a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades Autónomas, sino que además permite preservar alguna de las dimensiones más relevantes del principio democrático, pues la territorialidad supone el establecimiento de un criterio claro de imputación de responsabilidades desde la perspectiva de la rendición de cuentas.

En efecto, el principio de territorialidad permite el control de la ciudadanía de un determinado territorio sobre el proceso de toma de decisiones — y su contenido — que se produce en el mismo, pues son los ciudadanos residentes en un territorio los que pueden evaluar y controlar aquellas políticas públicas que se aplican en aquel. El principio de eficacia nacional recogido en la LGUM, ciertamente hace difícil para un ciudadano, para un consumidor, identificar qué autoridad normativa es la responsable de cada una de las distintas políticas potencialmente aplicables en su territorio, pero sobre todo impide a los ciudadanos de un determinado territorio la posibilidad de exigir responsabilidades por las normas que se aplican en el mismo, pues estas no se habrán adoptado por los representantes de los ciudadanos de este territorio sino por los representantes del lugar de origen de los operadores económicos.

Consecuentemente, el principio de eficacia nacional al sustraer a los ciudadanos de un determinado territorio la capacidad de controlar las políticas públicas que se aplican en el propio territorio, impone un sacrificio a un principio medular, definitorio de la propia autonomía, el principio democrático.

Tal sacrificio, sin embargo, no se produce en aquellos supuestos de eventual uniformización del marco normativo por parte del poder central, pues en tales casos, evidentemente la normativa central desplaza a las normativas regionales, pero, sin embargo, las Cortes Generales sí rinden cuentas ante los ciudadanos de todo el territorio nacional, pues en el Estado descentralizado no solamente las autoridades autonómicas están do-

tadas de responsabilidad política ante los ciudadanos de su respectivo territorio, sino que también las autoridades del Estado central tienen responsabilidad política ante los ciudadanos del conjunto del Estado, incluyendo por tanto los ciudadanos de cada una de las Comunidades Autónomas.

Así, cuando es la normativa del Estado o incluso es la normativa de la Unión Europea la que desplaza a la normativa de la Comunidad Autónoma a través del eventual ejercicio de las denominadas competencias horizontales[20], no se produce tal quiebra del principio democrático, pues no deja de existir una relación de representación con los ciudadanos del territorio autonómico que eligen a sus representantes en las Cortes Generales o en las instituciones legislativas de la Unión.

No se trata de negar la legitimidad democrática o de negar la capacidad representativa con que también cuentan, naturalmente, los órganos de representación de la Comunidad Autónoma de origen. Simplemente de constatar que el principio de eficacia nacional afecta singularmente a una dimensión del principio democrático, convenientemente aislada por la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4: la dimensión que exige que las decisiones vinculadas al destino de una comunidad sean tomadas conforme al principio mayoritario por órganos colegiados de naturaleza representativa, pero de naturaleza representativa de la comunidad en la que tales decisiones van a ser aplicadas y no de naturaleza representativa de las comunidades vecinas.

La responsabilidad política de los representantes ante sus representados puede verse mermada si las decisiones que se aplican en un territorio no han sido adoptadas por los representantes de los ciudadanos de ese determinado territorio. El principio de territorialidad coadyuva a esta rendición de cuentas, elemento fundamental del principio democrático, al permitir que la fijación de las políticas públicas no se abandone en manos de órganos que no tengan responsabilidad política ante los ciudadanos a los que la misma va directamente a afectar. El principio de eficacia nacional rompe la responsabilidad política que el principio de territorialidad permite establecer entre las autoridades y aquéllos a quienes estas gobiernan.

Ciertamente, la proscripción constitucional del principio de eficacia nacional no significa la imposibilidad de liberalizar los mercados, consecuencia última de su aplicación, pero en tal caso deberá ser el legislador estatal el que, mediante el ejercicio de sus competencias horizontales recogidas en los apartados 1 y 13 del artículo 149 CE, adopte el concreto estándar, que podrá ser ninguno, a aplicar en todo el territorio nacional.

El poder central, a través de sus títulos competenciales horizontales que tienen como una de sus finalidades promover los rasgos del mercado nacional único, puede adoptar un estándar normativo común para todo el territorio nacional desplazando así las normativas territoriales, pero no es lícito que utilice aquellos títulos horizontales

[20] Sobre las competencias horizontales Quadra-Salcedo Janini, T., *Mercado nacional único y Constitución,* CEPC, Madrid, 2008.

dejando potencialmente subsistentes una pluralidad de estándares que es lo que ocurre con el establecimiento de un principio de reconocimiento mutuo incondicionado.

4. La culminación jurisprudencial en la STC 68/2021: el principio de reconocimiento mutuo condicionado a un nivel equivalente de protección como principio constitucional reconocido en el artículo 139.2 CE

La STC 68/2021, de 18 de marzo, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra diversos preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. En estas páginas nos interesa un pronunciamiento muy concreto y específico de aquella larga resolución: aquel en el que el Tribunal Constitucional deriva directamente, y por primera vez, de la propia Constitución un principio de equivalencia o reconocimiento mutuo condicionado.

La cuestión se plantea a raíz de la impugnación del artículo 80.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, que regulaba la eficacia de las decisiones sobre clasificación de las empresas adoptadas por los órganos competentes de las comunidades autónomas.

La clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de las Administraciones Públicas se realiza por el poder público y permite a las empresas acreditar determinados requisitos de aptitud (como son la solvencia económica y financiera, técnica o profesional) para poder concurrir a las licitaciones públicas. Ciertamente, en algunos contratos la acreditación se puede hacer bien presentado una serie de documentos o bien presentado el referido certificado de empresa clasificada, pero para poderse presentar a determinados contratos de obras cuyo valor estimado alcance determinados umbrales es necesario contar necesariamente con un determinado certificado de empresa clasificada.

Así, la obtención de los referidos certificados de clasificación de las empresas es un procedimiento que se tramita ante los órganos competentes del Estado o de las Comunidades Autónomas que clasifican. El procedimiento supone una carga administrativa para las empresas y puesto que el certificado se reconoce con carácter indefinido requiere que anualmente se justifique el mantenimiento de los requisitos de solvencia económica y financiera y cada tres años los de solvencia técnica y profesional.

El artículo 80.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, disponía que las decisiones sobre clasificación de las empresas adoptadas por los órganos competentes de las comunidades autónomas, «serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la comunidad autónoma que las haya adoptado, con las Enti-

dades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras». Se establecía así una restricción al reconocimiento extraterritorial de los certificados.

El precepto fue impugnado ante el Tribunal Constitucional por entender el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón que esta regulación no aplicaba el principio de equivalencia o reconocimiento mutuo, al no contemplar la eficacia de las clasificaciones de empresas adoptadas por cada comunidad autónoma en todo el territorio estatal.

El recurrente no identificaba de qué precepto constitucional se derivaría el alegado principio de equivalencia o reconocimiento mutuo, sin embargo, la STC 68/2021, de 18 de marzo, estimó la impugnación, pero lo que es más importante derivó directamente aquel principio de reconocimiento mutuo, por primera vez, de la propia Constitución, del artículo 139.2 CE.

El artículo 139.2 ha sido caracterizado por el Tribunal Constitucional como una de las garantías estructurales de la unidad de mercado, garantías que en palabras de la STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 2.a) se encontrarían conformadas por aquellos preceptos del título VIII de la Constitución que suponen un límite en sí a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias.

Para la STC 68/2021, «el artículo 139.2 CE establece un principio general aplicable tanto al Estado como a las comunidades autónomas del que cabe derivar un principio de equivalencia o reconocimiento mutuo de las decisiones ejecutivas autonómicas que afecten al mercado, si tales decisiones aplican «una normativa común de la Unión Europea», «una legislación estatal común» o también cuando aplican normativa de una comunidad autónoma, si pese a la «pluralidad de legislaciones autonómicas» y a «sus posibles diferencias técnicas o metodológicas», responden a «un estándar que pueda ser considerado equivalente» [STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 12.a)]».

El Tribunal recuerda la interpretación que viene haciendo en los últimos tiempos del significado de aquel precepto constitucional cuando señala que «el artículo 139.2 CE asegura la libre circulación de personas y bienes en todo el territorio español. Proscribe con ello las regulaciones o medidas de signo proteccionista; esto es, que dificultan injustificadamente en un territorio la comercialización de productos de otras zonas o el ejercicio de actividades empresariales por parte de personas procedentes de otros lugares. Consecuentemente, bajo el prisma del artículo 139.2 CE, cobra relevancia una única modalidad de límite o condición a la libertad empresarial: la que favorece a productos u operadores de un territorio en detrimento de los de otros lugares. Una restricción a la libre circulación de bienes y personas será compatible con el artículo 139.2 CE solo si la autoridad pública que la ha adoptado acredita que no persigue ni produce efectos discriminatorios, por responder a un objetivo constitucionalmente legítimo y ser idó-

nea, necesaria y proporcionada. No contradice necesariamente el artículo 139.2 CE toda medida que en la práctica produzca efectos restrictivos más onerosos sobre las cosas o personas provenientes de fuera; únicamente lo hará "cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada" [SSTC 111/2017, de 5 de octubre, FJ 4.a), y 7/2018, de 25 de enero, FJ 8]».

Recordado el propósito del artículo 139.2 CE: la proscripción del proteccionismo, la STC 68/2021 señala que de tal propósito es posible derivar un principio de reconocimiento mutuo de los actos y disposiciones autonómicos.

En efecto, para el Tribunal Constitucional el artículo 80.2 LCSP, al establecer que las decisiones sobre clasificación adoptadas por los órganos competentes de las comunidades autónomas, «serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la comunidad autónoma que las haya adoptado, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras» está excluyendo la eficacia extraterritorial de estas decisiones. Para el Tribunal esta regulación puede producir efectos diferenciados sobre los distintos licitadores que pueden actuar en los procedimientos de selección de contratistas al impedir que un licitador clasificado en una comunidad autónoma pueda utilizar esa clasificación en otras comunidades, pese a que la normativa aplicada es en buena medida la misma en todo el territorio estatal. De acuerdo con la STC 68/2021, esta previsión puede colocar en una posición de ventaja competitiva a los licitadores locales de una comunidad autónoma, que normalmente contarán con la clasificación de su comunidad, frente a los licitadores que provengan de fuera, que se verán obligados a solicitar una nueva clasificación para poder concurrir.

Así, para el Tribunal, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, la exclusión de la eficacia extraterritorial de las decisiones sobre clasificación de contratistas adoptadas por los órganos competentes de las comunidades que establece el artículo 80.2 LCSP no puede considerarse conforme con el artículo 139.2 CE. Para la STC 68/2021, para poder considerar que la limitación que establece el citado artículo 80.2 LCSP «respeta las exigencias de la unidad de mercado que se derivan del citado precepto constitucional» hubiera sido necesario que el Estado, en cuanto autor de este precepto y responsable de aquellos efectos diferenciados sobre los licitadores, hubiera justificado que responde a una finalidad constitucionalmente legítima. En el presente caso el Estado nada ha argumentado para justificar la explícita exclusión del reconocimiento de decisiones de clasificación autonómicas fuera del ámbito de dicha administración autonómica —o de las entidades locales incluidas en su ámbito territorial— en un supuesto en el que existe «una legislación estatal común». Consecuentemente, la STC 68/2021 estima la impugnación y declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «que serán

eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la comunidad autónoma que las haya adoptado, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras». Termina recordando la STC 68/2021 que la parte subsistente del artículo 80.2 LCSP ha de interpretarse conforme a lo expresado en el propio fundamento jurídico y, por tanto, en el sentido de que la decisión de clasificación de una comunidad autónoma puede hacerse valer en los procedimientos de contratación de cualesquiera administraciones públicas, lo que supone no sólo que la decisión de clasificación de una Comunidad Autónoma deba ser reconocida en el resto de Comunidades Autónomas sino que también tiene que ser reconocida por el Estado en sus procesos de licitación.

CAPÍTULO 33
¿PAGAR PARA QUE SE QUEDEN? ACOTACIONES, ESENCIALMENTE CONSTITUCIONALES, SOBRE EL CUPO[1]

César Aguado Renedo
(Universidad Autónoma de Madrid)
Catedrático de Derecho Constitucional

§ La Disposición Adicional primera (DA 1.ª) de la Constitución española (CE) determina que

«La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

Se trata seguramente de uno de los contenidos constitucionales más comentados en general; sin duda es el más glosado en relación con las únicas dos Comunidades territoriales, de las diecisiete de las que se compone el Estado español, a las que afecta. Y merece la atención que ha generado, y sigue generando, porque, además de constituir una asimetría constitucionalmente reconocida, tiene una significación harto singular, de la que es muestra la naturaleza jurídica del contenido de tal DA 1.ª CE, naturaleza que es la de garantía institucional (STC 76/1988, de 26 de abril, FFJJ 5, 9 y 12).

En efecto, los destinatarios de dicha disposición adicional son los «territorios forales», y su objeto son sus «derechos históricos». El Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que los territorios aludidos por el amparo y respeto de los referidos derechos son los que ocupan las tres provincias vascas y el que ocupa íntegramente la provincia navarra (STC 76/1988, FJ 2). En el primer caso, los tres territorios forales integran la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), pero tienen entidad propia y distinta de ésta; en el segundo, el territorio foral es la provincia de Navarra, que ha dado lugar a la Comunidad Foral del mismo nombre.

[1] Estas modestas páginas se han redactado como contribución al muy merecido homenaje de Paloma Biglino Campos. En ocasiones la vida depara fortuna. Este ha sido el caso del autor cuando fue alumno de la homenajeada en su día, y sigue disfrutando con frecuencia desde entonces de su inteligencia y de su personalidad.

Por su parte, los «derechos históricos» amparados y respetados susceptibles de «actualización general» o, dicho de otro modo, la proyección en la práctica de la DA 1.ª CE consisten, en primer lugar, en la libertad de autoorganización institucional de dichos territorios (con una institución representativa —Junta General— y otra ejecutiva —Diputación foral—). En competencias concretas, que no estén reservadas al Estado y se hayan asumido por las normas institucionales básicas de ambas Comunidades (así, en el caso del País Vasco, la enseñanza y la policía autónoma, en los términos que determinan los artículos 16 y 17 de su Estatuto de Autonomía). Y finalmente, el más representativo de tal tipo de derechos, «históricos», en el régimen económico singular de Concierto (en el caso de los territorios forales del País Vasco) o Convenio (en el caso de Navarra). El más representativo este último porque, como adelantábamos al inicio, el TC ha concluido que, «... el sistema de conciertos, ... implica un elemento acordado o paccionado, integrante del núcleo del régimen foral (y en forma casi exclusiva desde la Ley de 21 de julio de 1876) y que constituye, por tanto, parte del contenido mínimo de la garantía institucional de ese régimen, en cuanto que su desaparición supondría la de un factor esencial para que pudiera reconocerse pervivencia de la foralidad» (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 9); eso sí en el bien entendido de que «[s]e trata de un régimen especial aplicable exclusivamente a la materia tributaria, que no se extiende «a aspectos financieros no tributarios (STC 11/1984, de 2 de febrero, FJ 3)» [STC 118/2016, de 23 de junio, FJ 2.ª)].

Además, ha de añadirse a este contenido de la DA 1.ª CE su virtualidad como vía de acceso a la autonomía del territorio navarro, por más que no estuviera pensada por los constituyentes, y luego tampoco por la doctrina, con tal finalidad. Con las particularidades de la singular denominación de su norma institucional básica (*Ley Orgánica de reintegración y amejoramiento del régimen foral de Navarra* —LORARFNa.—, y no *Estatuto de Autonomía*, como en todos los demás casos) y de su calificativo como Comunidad («foral», no «autónoma» como en el resto de las Comunidades). Si bien, como dejó pronto sentado el intérprete supremo de la Constitución, tales singularidades no la distingue jurídico-constitucionalmente del resto de Comunidades Autónomas (CC. AA.), con la que comparte la misma naturaleza (STC 11/1984, FJ 3).

A la vista de lo señalado, bien podría decirse que la DA 1.ª de la Constitución tiene una capacidad de proyección inversamente proporcional a su brevedad y concisión, por tanto, más que notable.

Constatados los contenidos señalados debidos al carácter foral de los territorios que tienen tal condición, procede advertir que el de autoorganización institucional, el de competencias a mayores (en el inicio del régimen constitucional al menos) respecto de las demás CC.AA. y el de cauce de acceso a la autonomía, tienen una nota en común que los diferencia del restante, el régimen económico. Esa nota es que, mientras aquellos se proyectan *ad intra* de los territorios forales, el régimen económico tiene una proyec-

ción *ad extra* de ellos, y de muy notable significación. De esta proyección *ad extra* tratan las páginas siguientes, comenzando por recordar en qué consiste dicho Concierto económico, como premisa de los razonamientos correspondientes.

§ Como se acaba de recordar, el régimen de concierto comporta un acuerdo o pacto, que en el caso lo es entre el territorio foral y el Estado, acuerdo que, en lo que aquí interesa, se traduce en que aquél dispone de unas facultades tributarias (de exacción, gestión, liquidación e inspección) que le permite generar un modelo fiscal en buena medida propio en lo que hace a los ingresos (no así, sin embargo, en lo que hace a los gastos, ámbito en el que rige la legislación estatal correspondiente, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, *ex* art. 157.3 CE). Sin necesidad de ser un especialista en la materia, es fácil intuir la complejidad de disponer un sistema fiscal en un ente territorial subnacional, tal y como enseña la experiencia de los sistemas federales y, en general, de los sistemas compuestos. En esencia, en el caso de los sistemas de concierto y convenio, únicos de este tipo existentes en el panorama comparado de los Estados descentralizados, comportan la financiación de las competencias propias o asumidas por la CA, mediante los recursos que, principalmente, provienen de los tributos que el Estado les cede a los territorios, total o parcialmente, y de los que establezca el propio territorio foral.

Ahora bien, junto con las competencias asumidas, la CA conveniada o concertada ha de contribuir también a las no asumidas y que, en consecuencia, corren a cuenta del Estado: son aquellas inherentes al Estado en sí (defensa, exteriores...), o por su carácter interterritorial cuando lo tengan (ferrocarriles, obras públicas...), o por ser de interés general (aeropuertos, puertos), o las instituciones comunes (Tribunal Constitucional, Casa Real, Consejo General del Poder Judicial...). Para subvenir el coste que estas competencias comportan, resulta insuficiente la recaudación por el Estado en los territorios forales de los tributos que no les hayan sido cedidos total o parcialmente y, en consecuencia, las CCAA en cuestión han de compensar al Estado con una cantidad: «cupo» en el caso vasco, «aportación» en el navarro. Las cantidades que vienen resultando por este concepto es lo que se ha convertido en *punctum dolens* del modo fiscal y financiero foral.

El segundo inciso de la DA 1.ª CE determina que la actualización general de los derechos históricos de los territorios forales ha de tener lugar «en el marco de la Constitución y los Estatutos de Autonomía». Es una determinación sustancial en dos sentidos. El primero, porque antes de estas normas no hay sino la declaración que señala el inciso primero de la DA 1.ª, de amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales, es decir, una referencia a la mera idea de la existencia de un modelo de acuerdo territorio-Estado, pero no a contenidos concretos de tal acuerdo. De manera que es a partir de la promulgación de la Constitución y de los Estatutos, y adoptando estos tex-

tos como premisa, cuando cabe implementar el sistema foral. Y así, significativamente, la referencia que hace el artículo 45.3 del Estatuto navarro (LORARFNa) al necesario respeto que el Convenio Económico ha de observar de «los principios contenidos en el Título Preliminar del Convenio Económico de 1969», se entiende precisamente en tanto en cuanto lo dispone la LORARFNa.; de otro modo, los Convenios Económicos posconstitucionales que se acordasen no estarían vinculados por tales principios. La segunda acepción que hace sustancial esa determinación del inciso segundo de la DA 1.ª CE recordando que los derechos históricos tienen por marco la Constitución, deriva de que tal marco lo integran *todos* los contenidos constitucionales en la medida en que se vean incididos por lo que se acuerde como Concierto o Convenio económico.

En cambio, la cuestión es distinta en el caso del Estatuto de Autonomía vasco y de su equivalente navarro, la LORARFNa. Ambas normas institucionales básicas contienen especificaciones al respecto. Una es la irrenunciabilidad a los derechos históricos que pudieran corresponder a los territorios forales en una y otra Comunidad y su forma de actualización o incorporación al ordenamiento jurídico (Disposición Adicional única EAPV y Disposicion Adicional 1.ª LORARFNa.), cuestión ajena ahora al objeto de estas páginas. La otra se refiere al cupo en el caso vasco (suma de los cupos de los tres territorios históricos) y a las aportaciones en el caso navarro, en relación con sus respectivos regímenes de Concierto y Convenio (arts. 41 y 45, respectivamente). La entidad sensiblemente superior del primero respecto de la segunda, y el funcionamiento similar de ambos, permite que por exigencias de espacio nos refiramos aquí por defecto únicamente al cupo.

El estatuyente vasco determinó que la cuantía del cupo corresponde acordarlo a una Comisión Mixta Paritaria de los ejecutivos tanto de los Territorios Históricos como de la Comunidad Autónoma vasca por un lado, y de la Administración del Estado por otro, y que su aprobación ha de hacerse por ley estatal con la duración que fije el Concierto y con el modo de actualización que éste determine [art. 41.2.e) EAPV]. Tal modo acordado resulta elemento esencial de la garantía institucional, según se ha visto que afirma el Tribunal Constitucional. El procedimiento de aprobación de esta regulación fiscal de los territorios forales es singular: el texto se estructura en un artículo único, que da cuenta de que la ley que se aprueba es la del Concierto Económico, seguido de Disposiciones; y se añade a continuación un anejo que es el que contiene la regulación específica. El anejo es el que se acuerda en la Comisión Paritaria antes aludida, presentándose el resultado ante las instituciones representativas territoriales y ante las Cortes Generales para su ratificación, o no, pero sin que puedan introducir modificaciones en lo acordado.

§ El primer Concierto tuvo lugar en 1981 (*Ley 12/1981, de 13 de mayo*, con UCD como partido mayoritario y ostentando el Gobierno —a efectos meramente informati-

vos que, acaso, pudieran relacionarse con lo aquí tratado, su promulgación tiene lugar pocas semanas después del intento del golpe de Estado del 23.F—), y fijó su vigencia en un periodo de veinte años. Fue sustituido por el regulado en la *Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco* (a efectos también informativos, ostentando el Gobierno y mayoría absoluta en las Cortes el PP), Ley que sigue el mismo procedimiento que el Concierto anterior, pero a la que ahora se le dota de carácter indefinido con el fin de conferirle estabilidad, sin perjuicio de su adaptación a las reformas que puedan producirse en el sistema tributario del Estado. La Ley en cuestión ha sido a su vez modificada en varias ocasiones para su actualización y adaptación de manera acordada.

§ Conforme a esta Ley 12/2002, la determinación del cupo (que lo define así: «La aportación del País Vasco al Estado consistirá en un cupo global, integrado por los correspondientes a cada uno de sus Territorios Históricos, como contribución a todas las cargas del Estado que no asuma la Comunidad Autónoma del País Vasco»: art. 49) tiene lugar por la Comisión Mixta del Concierto Económico de acuerdo con una metodología que ha de ser aprobada también mediante ley estatal, en el marco de los principios generales establecidos en el Concierto (principios que, no obstante, pueden cambiarse por la Ley de Cupo en función de que lo aconsejen las circunstancias y la experiencia), por un periodo de cinco años, actualizable cada uno de ellos según la metodología en cuestión (art. 50). Para el quinquenio en curso cuando se redactan estas páginas, la ley de metodología del señalamiento del cupo vasco es la *Ley 10/2023, de 3 de abril, por la que se aprueba la metodología de señalamiento del cupo del País Vasco para el quinquenio 2022-2026.*

Para no especialistas en materia hacendística, la Ley vigente del Concierto vasco, 12/2002, establece una regulación compleja del cupo, con cerca de setenta artículos, una veintena de disposiciones más y las expresiones matemáticas pertinentes que conllevan los impuestos. La metodología que concreta la Ley 13/2023 para el cálculo del cupo líquido del año base (primer año del quinquenio que sirve de referencia para los sucesivos, con las actualizaciones pertinentes), aparece algo más asequible: en la determinación más significativa por lo que luego se dirá, dispone que a la valoración de las competencias no asumidas por la Comunidad Autónoma, con los ajustes y compensaciones que señala, se le aplica el índice de imputación, que «... determinado básicamente en función de la renta de los Territorios Históricos en relación con el Estado, es el 6,24 por 100 para el quinquenio en curso» (art. 7). Esta Ley finaliza con un cuadro como Anexo que refleja sintéticamente las magnitudes principales y el resultado final: el cupo del País Vasco para 2022 resulta ser de cerca de mil quinientos millones de euros [concretamente, 1.467.737,15 (en miles de €)].

Conceptualmente, pues, no parece que en principio debiera ser problemática la determinación anual del cupo... si las cifras con las que se opera para su cálculo (la va-

loración de los servicios prestados por el Estado, las compensaciones, los ajustes y las minoraciones y, en fin, el índice de imputación), son las que rigurosamente proceden. Quiere decirse que, desde la perspectiva técnico-jurídica, el sistema aparenta ser correcto atendiendo a las normas que lo regulan; pero es una apariencia jurídica, no económico-matemática, es decir, no real.

§ Porque lo que parece claro que sucede, es que tal regulación no se compadece con los resultados en la realidad. Unos resultados que evidencian con contumacia, año tras año, que la CAPV sale favorecida de modo importante, como refleja la notable diferencia de PIB territorial y de renta per cápita entre los residentes en dicha Comunidad y los del resto del Estado, que no se explica atendiendo a los análisis de la evolución de los distintos ámbitos económicos (industria, servicios, sector primario) y sociolaborales, menos aún en los últimos tiempos, en los que la economía vasca viene experimentando una notable ralentización: en este sentido se ha dicho no hace mucho de modo singularmente expresivo para lo que aquí se quiere apuntar, por una notable inteligencia autóctona, que «[e]l privilegio que supone el Concierto Económico no basta para paliar el estancamiento de nuestro PIB. En medio de un mundo global y competitivo, los vascos pretendemos vivir de las rentas de nuestros derechos históricos» (Haramburu Altuna, «Nacionalismo y decadencia», *El Correo*, 11/Abril/2022).

En efecto, sin ser estas páginas adecuadas para introducirse en análisis técnicos económico-fiscales, basta atender a algunos datos y a algunos hechos significativos habidos desde que comenzamos nuestro régimen constitucional actual, para entender sólidamente fundadas las suspicacias y las críticas que genera desde hace mucho tiempo el sistema del cupo.

Así, *v. gr.,* causa perplejidad que el índice de imputación para hallar su cuantía se mantenga en una misma cifra (el 6,24, como se acaba de ver que se establece en el artículo 7 la Ley para el cálculo del año base del actual quinquenio), inalterada desde que se formalizara por primera vez en la Ley 44/1988, de 28 de diciembre, para el quinquenio 1987-1991, aunque ya desde 1981 era prácticamente la misma. Si el índice en cuestión determina la relación de la renta de los Territorios Históricos con la del Estado, según se ha visto que declara la Ley de metodología del cálculo del cupo, el mensaje que comporta la invariabilidad de esa cifra es que esa relación de rentas no ha cambiado en más de cuatro décadas, lo que parece difícil de concebir. P. ej., por señalar un dato reciente, según el Instituto Nacional de Estadística (INE) el peso de la economía de la CAPV en la economía nacional fue en 2022 del 5,9, unas décimas menos que la referida constante de 6,24, con la disminución que, en las magnitudes de que se trata (unos mil quinientos millones de euros para el 2022, según se ha visto), supondría para la CAPV. Que se mantenga inalterado el mismo índice genera una suspicacia consistente en lo que podría enunciarse como que el orden de factores no altera (prácticamente) el

producto, esto es, que se cumple formalmente la ley acordando como cuantía del cupo una cifra previamente acordada en la Comisión Mixta antes referida, porque interesa a ambas partes por razones que no se cohonestan con las razones numéricas; cifra a la que luego se condicionan los datos para, cuadrándolos, hacer figurar como resultado el importe anteacordado. Pudiera no ser así, pero habrá de convenirse en que el mantenimiento de un índice de imputación constante a lo largo del tiempo aparece como excesivamente casual.

Abunda en ese recelo lo sucedido a finales de la década de los años '90, cuando el Estado se vio obligado a ceder a los territorios de régimen fiscal foral la recaudación de los impuestos especiales porque, de no hacerlo, la fórmula de su cálculo conllevaba que el Estado no solo dejara de recibir cantidad alguna por las cargas generales que costea, sino que se vería como deudor de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Y, así, a la Ley 37/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto) (de nuevo a efectos informativos: recién ganadas las elecciones por el PP, sin mayoría absoluta en la Cámara baja y por ello necesitado de apoyos para desenvolver sus correspondientes proyectos), que determinaba la metodología para el cálculo del cupo vasco 1997-2001, siguió la inmediata Ley 38/1997, de la misma fecha y BOE, de modificación del Concierto económico del País Vasco por la que se cedían los citados impuestos. Que fuera necesaria la cesión de una categoría de impuestos para que, según el índice de imputación habido hasta ese ejercicio que comportaba más de un 6% del PIB de la CAPV, el Estado no apareciese como deudor de la Comunidad Autónoma incluso sufragando las cargas no asumidas por dicha Comunidad, difícilmente puede interpretarse como una planificación fiscal mínimamente apropiada —por decir lo menos— por ambas partes del Concierto.

Mucha más sospecha aún resulta de lo acaecido con la negativa del Ministerio de Hacienda a entregar a quien le solicitó (un investigador al parecer) el acuerdo firmado el día 04/05/2017 entre el Gobierno de España y la CAPV sobre liquidación de los cupos de años anteriores y fijación del cupo quinquenal hasta el año 2021. Presentada reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno por el interesado, este la estimó en lo que al acceso a tal documento se refería. Recurrida esta decisión por el Ministerio de Hacienda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7, de 12 de julio de 2018, desestimó la demanda del Abogado del Estado en representación del citado Ministerio confirmando que la decisión adoptada por el dicho Consejo fue conforme a la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*.

El punto al que eleva la desconfianza sobre el cupo en este caso es realmente álgido, porque trajo causa, entre otros motivos, de que el Ministerio de Hacienda, en concreto la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local (SGFAL), que fue la entidad

que se negó a facilitar la información solicitada por el interesado (a efectos siempre informativos: el Gobierno a la sazón era del PP), llegó a esgrimir como uno de los motivos para ello que no tenía el documento de dicho acuerdo con la información solicitada (Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia). Una postura que inevitablemente lleva a considerar que la información sobre el cupo es uno de los secretos de Estado mejor guardados. Pero es evidente que la doctrina de la sentencia del órgano referido de la Audiencia Nacional, no sólo se proyecta sobre el Ministerio judicialmente vencido en el caso, sino también sobre las Comunidades que cuentan con este régimen y sobre las instituciones de los territorios propiamente forales caso de que por cualquier ciudadano se les platease la misma pretensión, que quien propició la citada resolución del Consejo de Transparencia primero y la de la Audiencia Nacional después, puesto que las disposiciones del Título I de la Ley de Transparencia citada, Título que regula la «Transparencia de la actividad pública», vinculan también tanto a las Comunidades Autónomas como a las entidades que integran la Administración local [art. 2.1.a)].

En fin y por último, la realidad que en los últimos años proyecta la sospecha sobre la ventaja que el cálculo del cupo viene suponiendo para la Comunidad Autónoma vasca, es bastante más decisiva aún si cabe. Nos referimos a las pensiones, con su necesidad de ingente cantidad de recursos económicos para hacerlas frente, desbordadas, como han devenido, en número de perceptores y en amplitud del tiempo de su percepción. Un problema que hace ya tiempo ha comenzado a extenderse en buena parte del mundo desarrollado y que resulta todavía más intenso en nuestro país por los récords de longevidad media que se alcanzan, que nos encarama a lo más alto del podio de los países desarrollados en lo que al envejecimiento de la población se refiere, y que ha puesto de manifiesto la neta insuficiencia del sistema existente hasta hace poco, de financiación de tal prestación por las cotizaciones sociales, debiéndose recurrir a los Presupuestos Generales del Estado para sufragarlas (desde 2021 en concepto de «gastos impropios» de la Seguridad Social).

En la Comunidad del País Vasco sucede, además, que el problema se presenta con mayor intensidad por dos motivos: porque el fenómeno del envejecimiento poblacional es más acusado y porque las pensiones resultan, de media, más generosas que en el resto del Estado. Siendo así, parece que no ofrece la menor duda de que ello habría de incidir, y en medida nada menor, en el cálculo del cupo, comportando un incremento del mismo en cuantía importante. En los términos de un conocido columnista de economía autóctono y en un medio de prensa tradicional de la propia Comunidad vasca «Según crece el déficit de la Seguridad Social (sostenido por todos los españoles) y aumenta la aportación de los Presupuestos Generales (nosotros aportamos el Cupo), se produce un desequilibrio a nuestro favor, si el Cupo no aumenta en la misma proporción que crece el déficit» (Marco-Gardoqui, «Otro cupo con polémica», *El Correo*, 19/Noviembre/2022, continuando: «Lo cual no será así, dado el carácter eminentemente político

en que se ha convertido el cierre de las negociaciones para su renovación que lo dejan al margen»). En el mismo medio, apenas días después de esta referencia que se acaba de señalar, uno de los más reconocidos intelectuales vascos de estos tiempos, Ruiz Soroa, razonaba: «Si la CAPV abonase como parece de lógica su parte del déficit [de los presupuestos del Estado por la Seguridad Social], que ascendería a 2.437 millones aplicando el porcentaje del 6,24%, sería imposible que el Cupo fuera sólo de 1.472 millones. Sería de más de 3.000 millones como es de pura aritmética. O, por lo menos, sería esperable que la aparición de este déficit en las cuentas del Estado se hubiera notado en el importe del Cupo. Pero no, no se nota. Malas lenguas dicen que los impuestos de los «españoles comunes» soportan ellos solos el déficit, es decir, que se lo financian "gratis et amore" a los ciudadanos forales» («Me lo expliquen, por favor», 22/noviembre/2022). Y, en fin, aún más recientemente, atendiendo de nuevo a la explicación de esta realidad de las pensiones en otro medio de la propia Comunidad Autónoma vasca, quien ha tenido relación directa con el tema relata lo siguiente con motivo de la transferencia de la gestión (solo) de la Seguridad Social a la CAPV en la legislatura pasada: «Hace unos cuantos años... participé en una comisión del Gobierno vasco que se encargó de comprobar, con números reales, si las cotizaciones en la comunidad autónoma cubrían las jubilaciones. El resultado fue que no. Cuando en el resto de España el déficit era pequeño, aquí era ya importante. Con el tiempo, como indicaban varios estudios, ha ido creciendo hasta alcanzar hoy cantidades astronómicas. En la actualidad se acerca a los 4.000 millones anuales... El País Vasco ha sacado así a la luz un asunto que estaba dormido: que aquí se cobran las prestaciones más altas de todo el territorio nacional y que el resto de España paga el déficit...»; y termina indicando que «Estos y más datos aparecen en un reciente informe de una comisión presidida por un exconsejero (PNV) de Economía del Gobierno vasco» (Tello, M., «Jugando con el dinero de otros», *El Diario Vasco*, 27/noviembre/2023).

Este desfase generado por tan preocupante realidad de las pensiones no es reciente. Venía siendo puesto de relieve desde hace tiempo y, en lo que aquí interesa, incluso ya antes de la Ley 11/2017, de 28 de diciembre, reguladora del cálculo del cupo para el quinquenio anterior (2017-2021) al actualmente vigente: Joseba Arregui, en su día miembro del Ejecutivo vasco, refiriéndose a los problemas «ocultos» que no se iban a abordar en las elecciones vascas de 2016, señalaba, entre otros, «... el problema consiguiente de las pensiones y su financiación, los problemas de la realidad de una sobrefinanciación pública por habitante de la autonomía vasca, sobrefinanciación que no puede ocultarse tras el mito del concierto y del cupo, y la consecuencia de esa sobrefinanciación, la creencia de que somos más ricos que los demás porque trabajamos más y mejor y somos más inteligentes, cuando la realidad es bien es bien otra, y ello deriva en falta de ímpetu para la innovación y la creatividad porque vivimos de una paga inmerecida.» (*El Mundo* 30/Agosto/2016).

Esta explicación al supuesto motivo de la sobrefinanciación (la creencia de los vascos de que tienen más recursos por su mayor capacidad de trabajo y de que son más avisados) por quien fue sin duda uno de los más brillantes intelectuales que haya dado esa Comunidad, propicia traer a colación las razones de quienes defienden el sistema foral fiscal tal y como viene proyectándose en la práctica hasta la fecha. Por todos, cabe tomar como referencia en tal sentido por su evidente representatividad, la de quien ha sido Consejero de Hacienda del Gobierno vasco durante las dos legislaturas anteriores a la vigente cuando se escriben estas páginas, P. Azpiazu, expuesta con motivo del cupo acordado para el quinquenio anterior al actual (2017-2021) en un artículo cuyo título sintetiza esas razones «Concierto: Responsabilidad y riesgo unilateral» (*El Correo*, 23/Noviembre/2017). Lo explica así: «El fundamento de nuestro sistema se asienta en un criterio de capacidad económica, frente al sistema de las autonomías integradas en el régimen común, basado en un criterio de necesidad. Es decir, Euskadi aporta a los gastos comunes del Estado en base a su riqueza relativa y las comunidades autónomas, por el contrario, reciben financiación del Estado para sufragar las competencias que les han sido transferidas. La diferencia es que el Concierto Económico implica responsabilidad y riesgo unilateral. Euskadi debe contribuir a los gastos comunes con independencia de su situación financiera, ya que la cantidad a aportar, el Cupo, se calcula con variables que dependen exclusivamente del Presupuesto General del Estado.» Lo que el exconsejero quiere decir es que, si a Euskadi le advienen circunstancias negativas que le supongan recursos insuficientes respecto de los previstos, ni le cabe disminuir el cupo ni puede interesar ayuda del Estado. A este argumento los defensores del sistema añaden también una gestión impositiva de las instituciones forales más eficaz que en la gestión por el Estado para el resto del territorio nacional.

Respecto de ambos argumentos, no obstante, surgen de inmediato contraargumentos. En relación con el segundo, la mejor gestión, es más que probable que sea cierto, pero no parece proporcional comparar la gestión tributaria en ámbitos territoriales y poblacionales tan limitados como el de cada uno de los territorios forales con su respectiva Agencia Tributaria, con la del conjunto del resto del Estado, la AEAT (y dejando de lado la diferencia proporcional del coste de una única agencia tributaria para 47 provincias respecto del de una entidad de tal índole para cada provincia). Y tampoco parece que esta sea ejemplo de especial mal funcionamiento (... como no es inhabitual oír —con triste admiración— a los propios obligados tributarios ordinarios, contrastando la eficacia del Ministerio de Hacienda en su labor con la del resto de las administraciones).

Y en relación con el tan aludido riesgo unilateral, ha de acudirse a la propia realidad, porque, hasta donde se nos alcanza, el riesgo no ha dejado de ser potencial, es decir, no se ha hecho efectivo en lo que llevamos de régimen fiscal foral desde 1981, incluido —y ello es notoriamente significativo— el periodo de gran recesión económica de los años 2008 y siguientes.

§ Ya desde una perspectiva singularmente constitucional, tiene más significación que la mayor parte de lo hasta aquí expuesto el dato de la inobservancia práctica del principio de solidaridad económica interterritorial, un principio que enfatiza el constituyente español y, en consecuencia, el Tribunal Constitucional. Junto con los de unidad y autonomía, el de solidaridad es el que garantiza el artículo 2 CE, y a él se refiere en versiones diversas al texto constitucional: como principio rector de la política social y económica (ar. 40.1: «Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables... para una distribución de la renta *regional* y personal más equitativa...»); como principio de Economía y Hacienda (art. 131.1: «El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para... equilibrar y armonizar el desarrollo *regional*...»); y en el Título dedicado específicamente a la organización territorial del Estado, lo señala como principio general (art. 138.1: «El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo *entre las diversas partes del territorio español*...»), y como prescripción concreta que lo cierra (art. 158.2: «*Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad* se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso»). La traducción práctica de todo ello ha sido recordada recientemente por el intérprete supremo de la Constitución en los siguientes términos: «... hemos señalado que "la virtualidad propia del principio constitucional de solidaridad, que aspira a unos resultados globales para todo el territorio español, recuerda la técnica de los vasos comunicantes" (STC 109/2004, de 30 de junio, FJ 3). Por ello, el artículo 138.1 CE, que incorpora el principio de solidaridad, "no puede ser reducid[o] al carácter de un precepto programático, o tan siquiera al de elemento interpretativo de las normas competenciales. Es, por el contrario, un precepto con peso y significados propios, que debe ser interpretado, eso sí, en coherencia con las normas competenciales que resultan de la Constitución y de los estatutos" (STC 146/1992, de 16 de octubre, FJ 1), toda vez que dicho principio ha de constituirse en la práctica en "un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades y regiones y la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2)" [STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4.b), citando la STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 7]» [STC 50/2023, de 10 de mayo, FJ 4.a), Fundamento este que lleva por rúbrica, justamente, *El alcance del artículo 138.1 CE*].

La misma Ley vigente del Concierto, 12/2002, establece el de solidaridad como un principio general (art. 2), como principio general de las concretas relaciones financieras (art. 48) y, específicamente, como una de las cargas del Estado no asumidas por la Comunidad Autónoma [art. 52.3.a) —«Las cantidades asignadas en los Presupuestos Generales del Estado al Fondo de Compensación Interterritorial a que se refiere el

art. 158.2 de la Constitución»—, remitiéndose a la de la Ley de Cupo, esto es, en la actualidad la Ley 10/2023, que reitera en su art. 4.3.a) tal naturaleza de carga no asumida por la Comunidad autónoma]. De hecho, el propio Consejero de Hacienda del ejecutivo vasco antes referido, aseveraba en su artículo aquí citado ya varias veces, que «El acuerdo mantiene, como siempre, la contribución solidaria de Euskadi a financiar el Fondo de Compensación Interterritorial, esto es, el instrumento previsto en la Constitución española para reducir las diferencias entre las distintas comunidades autónomas. Quienes aducen que existe un trato de favor hacia Euskadi lo hacen desde el desconocimiento, la falta de rigor o la deliberada mala fe. Euskadi ha sido y sigue siendo una comunidad solidaria que aporta por encima de lo que le correspondería por población o riqueza, y que contribuye al Fondo de Compensación Interterritorial.»

Pero es lugar común que esa contribución a la solidaridad interterritorial es mínima, diríase que casi simbólica. Por ello, al término de ese anterior quinquenio cuyo acuerdo celebraba en el artículo periodístico señalado el entonces Consejero vasco de Hacienda, el Delegado del Gobierno en el País Vasco, a quien parece que algún conocimiento hay que presuponerle del tema porque poco antes acababa de ser Diputado General de Álava, pedía un cupo «solidario»; y lo pedía atendiendo a los voluminosos recursos económicos que la Seguridad Social iba a requerir en los Presupuestos del Estado para el ejercicio de 2022, concepto este de la Seguridad Social que no se incluye en el modelo de Concierto y, por tanto, «deja fuera —apuntaba— una aportación que, prácticamente, multiplicaría por tres el volumen económico del Cupo...» (J. de Andrés, «Un Cupo vasco solidario», *El Confidencial*, 23/Octubre/2021).

En el mismo sentido, mucho más severo es el reciente juicio de Ruiz-Sora: «... la situación del País Vasco en el conjunto de España desde el punto de vista fiscal y financiero sólo puede ser definida como «marciana», precisamente por constituir un caso que se desvía violentamente de lo que ocurre hoy en los Estados compuestos en este planeta nuestro: pues sucede nada menos que los ciudadanos de una de las regiones con mayor renta per cápita de ese Estado no contribuyen para nada a mejorar las rentas de los habitantes de las menos ricas, es decir, no aportan prácticamente nada a la solidaridad interterritorial»; y resalta el fundamento de tan severa opinión con una comparación: «... por poner un ejemplo, una región como Madrid, de similar renta per cápita [a la del País Vasco], aporta a la solidaridad territorial nada menos que el 26% de sus ingresos fiscales. En cambio, Euskadi no aporta prácticamente nada de los suyos» (Ruiz-Soroa, «La estación pragmática del nacionalismo vasco», *El Correo*, 02/Octubre/2023).

§ Esta, de por sí, grave anomalía constitucional en relación con la solidaridad como principio, y en relación con un mandato específico como es el del artículo 158.2 CE, adquiere una trascendencia mucho mayor al contribuir a la inobservancia del principio constitucional de igualdad interterritorial en tanto en cuanto lo que no aporten las

Comunidades con territorios forales a las cargas comunes conforme a su capacidad real, por fuerza han de aportarlo las demás (sean montos de mayor o menor entidad: de lo que aquí se trata es de la observancia de principios constitucionales de naturaleza capital en materia de organización territorial del Estado), toda vez que se da un juego de suma cero en relación con el coste de las competencias no transferibles y, en su caso, no transferidas. Como ha reiterado el TC, «... en definitiva, "lo que la Constitución proscribe son las diferencias que carezcan de justificación objetiva y razonable, conllevando beneficios que otras Comunidades Autónomas, en las mismas circunstancias, no podrían obtener" (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 131)» (STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 8). Y, en lo que a la contribución al costo de las competencias no transferidas se refiere, el régimen fiscal foral no implica diferencia de circunstancias entre CC.AA. Visto desde la suficiencia financiera de las CC.AA., si ésta «... encuentra un límite insoslayable en las posibilidades reales del sistema financiero del Estado en su conjunto, «presidido por el principio de solidaridad entre todos los españoles» (por todas, SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5, y 58/2007, de 14 de marzo, FJ 3)» [STC 50/2023, FJ 4.b)], tal sistema financiero estatal se verá negativamente incidido si recibe menos de lo que debiere recibir (se insiste, con independencia de la entidad de las cantidades concretas en cada ejercicio, cuestión secundaria en lo que al objeto de estas reflexiones importan).

La anomalía constatable en la que viene desenvolviéndose el régimen de Concierto (y de Convenio), agravada en muy importante grado sobre todo a raíz del fundamental problema de las pensiones, no es imputable en principio a su normativa. Como se ha visto, ésta contempla la solidaridad en forma de carga no asumida por las CAPV y, en tanto tal, como concepto que integra el cupo. Y, del mismo modo, el legislador de los sistemas concertados ha tenido en cuenta que, en virtud de la obligada igualdad constitucional, no caben diferencias fiscales desproporcionadas entre los ciudadanos vascos y los del resto del Estado. Y para que ello sea así, las regulaciones del Concierto y del Convenio pueden determinar, y determinan, reglas de armonización normativa que permiten equiparar los sistemas fiscales forales con el estatal: *v. gr.*, artículos 2.1, 3 y 42 de la Ley del Concierto. Puede ser así afirmado por el anterior Consejero de Hacienda vasco, Sr. Azpiazu, en su artículo aquí ya citado, en relación con el cupo base para el quinquenio 2017-2021, que su cuantía se determinó tomando como referencia las partidas de la Ley de Presupuestos del Estado para el ejercicio correspondiente y que fue «El dato resultante de la estricta aplicación de la normativa de la Ley de Cupo, conforme a la legalidad aplicable, a las cifras del Presupuesto y desde el conocimiento y acuerdo de los expertos técnicos de las instituciones vascas y estatal». Pero frente a la certeza de esta aseveración, «... sucede que con un nivel impositivo similar al común, obtiene [el País Vasco] un elevado plus de recursos por su mayor riqueza debido a la progresividad del sistema, recursos adicionales que se apropia en exclusiva (Zubiri). Así se entiende que, a igualdad de competencias y esfuerzo fiscal, las comunidades forales obtengan una fi-

nanciación que hoy es ya de más del doble por habitante que la media del resto de comunidades (De la Fuente)» (Ruiz-Soroa, en su artículo antes referido, «La estación pragmática del nacionalismo vasco», cit.; la cita permite remitir, por su intermedio, a los muy conocidos estudios de los dos economistas citados especializados en materia de financiación autonómica y, en particular, en el sistema fiscal y financiero foral).

§ Constitucionalmente, la «actualización general» de los derechos históricos ha de tener lugar, en primer lugar, «en el marco de la Constitución», según la propia D.A. 1ª CE. Y en relación con la igualdad, la Constitución se muestra ciertamente exigente, estableciendo de forma expresa: de un lado, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico por el artículo 1.1 CE; la igualdad material a la que se refiere el artículo 9.2 CE como obligación de los poderes públicos de «... promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo *y de los grupos en que se integra* sean reales y efectivas [y] remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...»; que la primera de las competencias exclusivas del Estado sea «[l]a regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»: artículo 149.1.1.ª; que el sistema tributario que se implemente en el Estado ha de estar «... inspirado en los principios de igualdad y progresividad...» (art. 31.1); y que las diferencias entre Estatutos de Autonomía no pueden «... implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales» (art. 128.2); y, de otro lado, la Constitución determina también que por «... ley orgánica [por tanto, necesariamente estatal] podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras...» de los que la Constitución señala que son los recursos financieros de las CC.AA.: artículo 157.1 y 3.

Obviamente la Constitución también dispone la DA 1.ª que, en cuanto «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales» comporta, sin duda, diferencias respecto del resto de territorios, que no lo son. Pero, conforme a los principios interpretativos más característicamente constitucionales desde que los enunciara Konrad Hesse, no cabe entender esas diferencias sin tener en cuenta los demás preceptos del texto constitucional, en particular todos los que se acaban de citar, que no son pocos ni de poca importancia. Conviene recordar que esos principios interpretativos —reiteramos que son principios característicamente constitucionales— son el de unidad de la Constitución, en cuya virtud, y en los términos del Tribunal Constitucional, «... la Constitución es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en función del conjunto...» (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3); y el de concordancia práctica, que acudiendo de nuevo al Tribunal Constitucional, implica que «[l]a integridad de la Constitución y del orden por ella introducido... quedaría ciertamente menoscabada si cualquiera de sus prescripciones quisiera, imponiéndose a costa de la unidad de la Norma fundamental, sobreponerse a lo dispuesto por la propia Constitución en otro de sus

preceptos, y esta advertencia ha de servir de guía para el legislador, y para nosotros...» (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4). Difícilmente puede explicarse de modo más acertado cómo procede interpretar los preceptos constitucionales.

Partiendo de la naturaleza de garantía institucional que tiene el régimen foral, y de los criterios interpretativos constitucionales aplicables a todos los preceptos de la Norma Fundamental que hemos referido aquí, es decir, a la DA 1.ª y a los que contienen las referencias señaladas a la igualdad, la cuestión que plantean las diferencias del régimen foral sobre el régimen común se «reduce» a la compatibilidad (real y efectiva, no solo meramente formal) entre la condición (económico-fiscal) de las personas físicas y jurídicas en el ámbito del País Vasco y en los demás territorios del Estado.

§ Lo que esa «reducción» supone, es que la realidad del Cupo como problema proviene de su perspectiva política, en el siguiente sentido. Las citas aquí transcritas tienen una indudable capacidad de convicción para quienes se acercan al tema del concierto económico y en concreto del cupo, desde fuera de los círculos interesados, esto es, de la Comisión Mixta Paritaria que ha de acordarlo, y de las partes que representan: Comunicad Autónoma del País Vasco y Estado. Una capacidad de convicción derivada de la condición que han tenido sus autores (cargos de responsabilidad política o administrativa que han desempeñado) y/o de su indudable prestigio, ya como columnistas especialistas en economía en algún caso, ya como reconocidos intelectuales de presencia habitual en consolidada prensa escrita. Esa capacidad suasoria se ve ratificada porque las afirmaciones que hacen no son contradichas por quienes se presuponen que debieran hacerlo. Máxime cuando quienes debieran hacerlo son políticos, que por definición se les supone anhelantes de méritos ante su público natural, los electores, subrayando los errores, las incertezas, de quienes mantienen lo contrario a lo que ellos propugnen, propongan o afirmen. Si esto es así en muy diversas latitudes, lo es aún más en nuestro panorama político, en el que, como es regla de experiencia, lo que se acaba de apuntar constituye una auténtica seña de identidad.

El objeto que nos ocupa se presta singularmente a que la confutación, al desmentido o a la simple explicación, dejen sin fundamento las críticas de haber datos o argumentos para ello. Así si, como se ha visto, se señala que en el País Vasco se pagan las pensiones más altas del Estado, que tal Comunidad apenas contribuye a la solidaridad interterritorial, que la comparación de esa contribución con la de alguna otra Comunidad de renta per cápita equivalente deja a la CAPV en evidencia; o se alude a concretos datos, como que «... la AIRef (Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal)... estima para el País Vasco un gasto por habitante superior al 18% de la media [en el Estado] en sanidad y un 38% en educación» (Marco-Gardoqui, «Lo que pagamos, lo que recibimos», *El Correo*, 24/12/2022), datos que es fácil deducir que serán interpretados por gran parte como muestra de la sobrefinanciación de la que disfruta el País Vasco

gracias al cupo; u otras afirmaciones, juicios, deducciones, etc., cabrá desmentir si hay sobrefinanciación, o explicar dónde se puede acceder a las cifras pormenorizadas que se usen como fundamento para la elaboración del cálculo del Cupo, etc. No se trata de crear un Departamento de contrainformación, ni de condicionar las decisiones constantemente a las críticas. Pero la obligación de transparencia es una obligación legal desde la promulgación de la ley que la regula (de 2013 en nuestro sistema: a efectos informativos, en una legislatura del PSOE; una de las últimas leyes en aparecer con tal regulación —conviene recordar— entre los sistemas de nuestro entorno); y antes aún que legal, tratándose de solidaridad e igualdad interterritorial, es una obligación política y aun moral. Una obligación que vincula, naturalmente, a las dos partes en que se funda tanto el Concierto como el cálculo del cupo, pero que es especialmente intensa para la Administración del Estado, vale decir para el Gobierno de la nación que en cada momento sea contraparte en el acuerdo de la cuantía del cupo, toda vez que ha de mirar por el interés supraterritorial, esto es, por el interés general. Interés general en su versión dineraria (que la cuantía del cupo sea realmente la que procede) y en su versión de observancia de los mandatos constitucionales de igualdad y solidaridad interterritorial. Por eso, en nuestro sentir la sentencia antes recordada del Juzgado central de lo Contencioso-administrativo, en la que el Ministerio de Hacienda incumplió clamorosamente su obligación de transparencia, resulta tan reveladora. Y por eso también cabe augurar que quienes son sumamente críticos con el sistema de concierto en tanto en cuanto ha propiciado, y propicia, la disfuncionalidad constitucional de los territorios forales en materia fiscal y financiera, parece que van a tener bastantes facilidades para seguir siéndolo.

Queremos con ello decir que le es inherente al sistema de cálculo del cupo la grave sospecha de su inextricable conexión con el peso de la/s fuerza/s política/s al frente de la Comunidad Autónoma vasca (que ininterrumpidamente, según es bien sabido, ha sido —salvo una excepción casi fugaz y, por lo demás, bastante relativa— el nacionalismo vasco) en la política nacional. En particular, cuando la fuerza política de ámbito nacional vencedora en los comicios y detentadora del Gobierno requiere de su apoyo por no alcanzar una mayoría parlamentaria suficientemente amplia. Esta evidencia empírica, lastra inevitablemente la consideración de la DA 1.ª como instrumento integrador de los territorios históricos en el sistema constitucional español, que fue la razón por la que se incorporó al texto constitucional; y genera la penosa, y aun desoladora, impresión de que con la, ni desmentida ni tampoco explicada, insuficiencia del cupo (según los razonamientos y las opiniones aquí traídas como muestra, limitada pero de notoria entidad, y que fácilmente pueden hallarse multiplicadas en estudios de expertos y en artículos de prensa), el Estado está pagando para que tales territorios permanezcan en el Estado, es decir, para que no se secesionen. Una impresión que, inevitablemente, propiciará a fuerzas políticas de otros territorios el argumento para pretender una posición fiscal y

financiera igual o similar en su sustancia; con la consiguiente pendencia potencialmente constante de la reivindicación y el inherente conflicto con el Estado.

Si se comparte este análisis, o simplemente si no se considera inconsistente, se concluirá que ha de disponerse notable atención y cuidado en la interpretación y en los efectos aplicativos de la que abre el conjunto de las disposiciones constitucionales. Ello involucra, claro está, a los responsables políticos que en cada instante sean las partes del acuerdo en el que, como se ha visto, se condensa la esencia del sistema foral: la del territorio parcial (la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad foral de Navarra), y la del territorio conjunto (el Estado). No, sin embargo, de la misma manera ambas, desde el momento en que el Estado es el que encarna el interés general, interés que incluye también la constitución de su cuota parte correspondiente a las Comunidades con territorios históricos, porque con todos los demás territorios conforman el conjunto del Estado, cuyo correcto funcionamiento como tal conjunto acaba siendo provechoso para todos sus componentes, incluidos «los territorios forales» de la Disposición Adicional primera de la Constitución.

CAPÍTULO 34
FUNCIÓN JURÍDICO-CONSULTIVA Y CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN[1]

Agustín S. de Vega
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

1. Introducción

La institucionalización de la función consultiva en España hunde las raíces en los albores de su organización como Estado. Y se ha desenvuelto ininterrumpidamente a lo largo de más de siete siglos. El Consejo de Estado, posiblemente la institución más antigua del orden político estatal (junto a la Corona), fue configurándose y adaptándose a las necesidades del poder del Rey. Órgano y función han sido claves en el entramado de la organización estatal y en el asesoramiento del ejercicio del poder político. Hoy, en el Estado democrático de Derecho, queda como función de consulta jurídica previa, auxiliar de la principal (el gobierno y la administración), en línea histórica con la que ejercía el Consejo Real de Castilla en sus orígenes.

2. Reseña histórica

Datos históricos contrastados confirman que la función consultiva influye decisivamente en la organización política de la Corona de Castilla, desde el origen del Consejo Real en torno a las Ordenanzas de las Cortes de Valladolid (de 1385), como órgano

[1] Participar en el *liber amicorum* de la profesora Biglino tiene un doble significado. De una parte, reconocer una trayectoria académica llena de aciertos en el análisis de la realidad constitucional española, como acredita su brillante currículum. De otra, recordar que fue la pluma encargada de la coordinación y parcial autoría del primer libro sobre el Consejo Consultivo de Castilla y León, recién aprobada su Ley reguladora [Biglino Campos, Paloma (coord.), *Consejos Consultivos y Comunidades Autónomas: la Institución en Castilla y León*, Cortes de Castilla y León-Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003]. En tal edición, hecha de consuno por las Cortes autonómicas y la Universidad de Valladolid, se contienen las primeras reflexiones, bien certeras, sobre el nuevo órgano autonómico. Me uno al testimonio público que la profesora Biglino representa para el Derecho Constitucional español.

de consulta dispuesto, por y para el Rey, en apoyo de todos «los negocios importantes» de la Corona. Incluso se toma como antecedente ideológico del Consejo a Fernando III, que en el *Libro de los doce sabios* (1237), propone un grupo consultivo de doce doctas personas para ayudar en las tareas de gobierno al Rey.

El plan de reforma del Estado, promovido por los Reyes Católicos en las Cortes de Madrigal (1476) y de Toledo (1480), dio lugar a un órgano técnico compuesto por *«jurisconsultos, cuyos estudios y experiencia en su profesión les hacían eminentemente á propósito para aquel cargo»*. De su autoridad no cabe duda, pues los Reyes les consultaban todos los puntos importantes de sus negocios, y *«tenían gran deferencia á sus dictámenes, y frecuentemente asistían a sus deliberaciones»*[2]. Era tribunal de justicia superior para los asuntos más graves, tenía atribuciones de gobierno y emitía su parecer en los Autos y Pragmáticas del Reino, tanto las de carácter ejecutivo como las legislativas supletorias, dispuestas a falta de leyes hechas por las Cortes[3]. A la cabeza del gobierno *polisinoidal* de los Reyes, el Consejo Real cumplía tareas de *auctoritas* consultiva.

Durante el reinado de Carlos I se refunda como Consejo del Estado, en 1526. Será el principal centro de influencia en la gobernación del Estado[4] y articulará el poder político, administrativo y jurisdiccional, aunque desde el XVII la función consultiva se irá tornando paulatinamente en influencia personal en la figura del Monarca[5]. Con Carlos III tuvo cierto florecimiento y resurgir. Fue convertido en un consejo ilustrado e impulsor de innovaciones económicas, culturales, patrimoniales y sociales, presidido por el Rey, de carácter consultivo y no deliberante[6].

A lo largo del XIX, la función jurídico-consultiva corrió distinta suerte, dependiendo del momento constitucional[7]; su evolución posterior sirvió «para sentar las bases del inci-

---

[2] PRESCOTT, William H., *Historia del reinado de los Reyes Católicos-I,* Ed. Rivadeneyra, Madrid, 1845, pp. 274 y 289. (Reimpresión. Salamanca, 2004).

[3] *Vid*. CORDERO TORRES, José María, *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España,* IEP, Madrid, 1944, p. 21. También PRESCOTT, William H., *Ibidem-IV*, p. 358.

[4] Presidido por el Rey, «era el competente en los más graves asuntos de la monarquía, aquellos que, por exceder a los intereses concretos de un determinado reino, se consideraban supremos al afectar al Estado en cuanto tal» (ESCUDERO, José Antonio, *Los orígenes del Consejo de Ministros en España-I,* Editora Nacional, Madrid, 1979, p. 23).

[5] Su peso fue decayendo como función de Estado; de una parte, por el influjo de los validos (con Felipe III y Felipe IV) y, de otra, por la aparición de la figura de los «ministros» (con Carlos II). El Consejo de Estado, con sede en Aranjuez, subsistirá prácticamente hasta la Constitución de Cádiz.

[6] «Para exponer su dictamen, para instrucción y guía de los demás miembros, contestando a sus dudas y reparos»; pero no para deliberar sobre él. (ESCUDERO, José Antonio: *ob. cit*, p. 548).

[7] La Constitución de 1812 regulará el Consejo de Estado en sus elementos esenciales (arts. 231 a 241) como «único Consejo del Rey». Su función era emitir dictamen *«en los asuntos graves gubernativos, y señaladamente para dar ó negar la sanción a las leyes»* (art. 236), así como aconsejar al Rey *«lo que entendieren ser conducente al bien de la Nación, sin mira particular, ni interés privado»* (art. 241). Tras la escueta vigencia de la Constitución de Cádiz, la Ley de 6 de julio de 1845 atribuyó la función consultiva al Consejo Real: un consejo de naturaleza consultiva y también «cuasijuridiccional», con consejeros «amovibles» (ordinarios y extraordinarios), cuya trayectoria es bien valorada, por confirmarse sus decisiones en una inmensa mayoría de casos por el Rey. *Vid*. GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)», *Documentación Administrativa,* 244-245, 1996, p. 109.

piente régimen administrativo» y la inicial técnica jurídica contenciosa[8]. La función consultiva se verá afectada por el proceso de modernización del Estado, perdiendo paulatinamente buena parte de sus funciones, en sintonía con la evolución de la Monarquía. De tal periodo, pueden destacarse tres momentos decisivos para culminar su configuración actual. a) La Ley de 17 de agosto de 1860 definirá al Consejo de Estado (de nuevo con este nombre) como el «cuerpo supremo consultivo del Gobierno», con precedencia sobre «todos los cuerpos del Estado después del Consejo de Ministros» (art. 1), quedando en manos de este último la función de gobierno y administrativa y en el de Estado el carácter consultivo y jurisdiccional contencioso-administrativo. b) Igual segregación correrá la función jurisdiccional, regulada por la Constitución de Cádiz como una función constitucional autónoma (arts. 242-308), que proveerá el «Supremo Tribunal de Justicia» (art. 259), para ser integrado en la organización del Poder Judicial por la *Ley provisional* de 15 de septiembre de 1870. c) Hacia finales del XIX el Consejo de Estado dejará de ser protagonista de la jurisdicción contencioso-administrativa, retenida históricamente en manos del Rey como facultad soberana de anular (o casar) una resolución anterior. En 1894 aparece el sistema contencioso-administrativo como orden judicializado, que será atribuido al Tribunal Supremo años más tarde (mediante la Ley orgánica del Consejo de Estado, de 5 de abril de 1904); quedando éste configurado únicamente como órgano consultivo[9].

De manera que al iniciarse el siglo XX, el control supremo de la legalidad administrativa quedó desmembrado: el control *previo* se mantuvo en sus manos, mientras que el control de legalidad *a posteriori*, aplicado al caso concreto, pasó a la jurisdicción del Tribunal Supremo[10]. Más tarde, la Constitución de 1978 reconocerá al Consejo de Estado relevancia constitucional, y le atribuirá la función de «supremo órgano consultivo del Gobierno» en el contexto del Estado democrático de Derecho (art. 107 CE)[11]; y la estructura descentralizada del Estado abocará a las Comunidades Autónomas a constituir órganos consultivos con funciones similares, para preservar el principio de legalidad en la administración autonómica.

El *excursus* permite reconocer, en cierta medida, la influencia de la prístina configuración de los Consejos Real y de Estado en el actual diseño de la función jurídi-

[8] García-Trevijano, Ernesto, «La función consultiva de las Administraciones Públicas, con especial referencia al Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública,* 133, 1994, p. 145.

[9] *Ley de 22 de junio de 1894, de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Hasta ese momento, el Consejo de Estado representaba la «suprema garantía de la justicia en su doble función: como asesor técnico del Gobierno y de la Administración, y como Tribunal dotado de propia jurisdicción en la materia contencioso-administrativa». *Vid*. Avenzuela Cárcel, Jesús, «La función consultiva del Consejo de Estado». En Bauzá Martorell, Felio José (coord.), *A propósito del 25 aniversario del Consejo Consultivo de las Illes Balears,* Wolters-Klewer, 2019, p. 65.

[10] Las experiencias republicanas no fueron receptivas a la función jurídico-consultiva, aunque la Constitución de 1931 establecía que una ley habría de regular el Consejo de Estado como «cuerpo consultor supremo de la República en asuntos de Gobierno y Administración» (art. 93.2). El Consejo de Estado fue restablecido en 1940 (Ley de 10 de febrero) y regulado por la Ley de 25 de noviembre de 1944.

[11] La *Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado* establece su composición y competencias y ha sido objeto de sucesivas reformas: la más importante, la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

co-consultiva de Castilla y León. Hay rasgos de relativa coincidencia, como por ejemplo en relación con la composición del órgano: «jurisconsultos» (especialistas en Derecho); o en el cometido de dictaminar sobre la potestad normativa de gobierno («parecer en los Autos y Pragmáticas, tanto las de carácter ejecutivo como las legislativas supletorias»). El sistema viene, además, garantizado como entonces, por la posición preeminente del Consejo como órgano superior consultivo y por su capacidad de influencia directa sobre el poder y la organización política. En cierto modo, similitudes históricas no aleatorias.

3. Los perfiles del Consejo y el «sistema» de función jurídico-consultiva

Pocas instituciones han tenido una trayectoria histórica tan larga y brillante como la del Consejo de Estado. Resulta curioso que un órgano y su función revivan como una institución original en nuestro actual Estado constitucional autonómico, sobre la base de su historia; aunque en ciertos aspectos y momentos haya sido cuestionada. No obstante, el salto en el tiempo hasta la «nueva» Castilla y León, que se constituye como Comunidad Autónoma en el Estatuto de 1983 sobre los presupuestos constitucionales del 78, no favorece la comparación histórica con otros momentos de ejercicio de la función jurídico-consultiva: un Estado democrático de Derecho profundamente descentralizado, en el que las comunidades autónomas son titulares de amplísimas competencias, con gobiernos que las gestionan y deciden sobre ellas, y núcleos de ciudadanos que directamente pueden sufrir vulneraciones de sus derechos derivados de los actos de las administraciones más próximas (autonómica y local).

La transformación constitucional operada en la organización del Estado, de corte federal, trajo como corolario lógico la configuración de este tipo de órganos para acomodar la estructura compuesta a los principios del Estado de Derecho. La paulatina asunción de competencias autonómicas en materias de importante calado para la vida ciudadana fue acrecentando la necesidad de estos órganos de garantía de la legalidad de la acción administrativa autonómica en relación con los derechos, intereses y situaciones jurídicas de los ciudadanos. La reforma estatutaria de 1999 instituyó el Consejo Consultivo de Castilla y León y lo definió (art. 24) como el «superior órgano consultivo de la Junta y de la Administración de la Comunidad». Su regulación, mediante la Ley 1/2002, amplió su dedicación a «la Comunidad Autónoma». La decisión contó con un altísimo grado de consenso en las Cortes, lo que le aporta un alto nivel de legitimidad democrática de origen[12]. Es decir, se trataba entonces, como dijera la profesora Biglino, de constituir en el nivel autonómico

[12] Los portavoces de los grupos parlamentarios de la cámara resaltaban en ese momento, con palabras bien expresivas, que el nuevo órgano era «imprescindible», «absolutamente necesario», o que quedaba enmarcado en una «ley absolutamente imprescindible». *Diario de Sesiones del Pleno de las Cortes de Castilla y León,* 2002, núm. 63, de 7 de marzo, pp. 2294-3308.

un órgano capaz de actuar como «guardián de la estatutoriedad y del resto de la legalidad de la propia Comunidad Autónoma»[13].

Transcurridos ya más de veinte años desde la instauración del Consejo[14], puede decirse que esta «institución propia» de la Comunidad está afianzada. A lo largo de ellos, Castilla y León ha apostado abiertamente por su consolidación en tres ámbitos funcionales: garantizar la aplicación de los principios constitucionales y estatutarios que han de inspirar el procedimiento pre-normativo de elaboración de las normas generales de la Comunidad; velar por que la actuación de las administraciones no vulnere el principio de legalidad; y tutelar los derechos de la ciudadanía frente a los actos de la administración o ante el funcionamiento de los servicios públicos, en respeto y protección de las situaciones jurídicas subjetivas.

3.1. La adscripción del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales al Consejo

El salto histórico y conceptual es aún mayor si al Consejo Consultivo se adscribe por decisión autonómica, pero con diseño del Derecho Comunitario, un órgano de resolución de controversias jurídicas: el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León[15]. De manera que a las tradicionales competencias consultivas del Consejo en materia de contratación pública (sobre la que debe dictaminar con carácter previo y preceptivo), se ha unido la función propia del Tribunal, consistente en resolver las controversias jurídicas surgidas en dicha materia, con eficacia jurídica y fuerza vinculante[16]. Con lo que, por un lado, se produce la inserción de una función cuasi-jurisdiccional[17] junto a la función consultiva característica del mismo; y por otro, puede darse la intervención de los dos órganos sobre un mismo asunto de la misma materia (contratación pública), aunque en momentos distintos (ejecución y preparación), con las dificultades que ello conlleva.

---

[13] Biglino Campos, Paloma, «Introducción». En VV.AA., *op. cit.,* p. 30.

[14] *Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León* (LCCCyL).

[15] El origen es la trasposición de las *Directivas comunitarias 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero,* del Parlamento y del Consejo europeos; cuyo ámbito de regulación se redujo a diseñar un órgano para la administración general, quedando en manos de las Comunidades la configuración de sus homólogos autonómicos, en virtud de la potestad auto-organizativa de las mismas.

[16] Concretamente, al Consejo corresponde dictaminar preceptivamente en la fase de ejecución de los contratos ya celebrados (sobre la *interpretación, nulidad, modificación y resolución*), y al Tribunal, resolver los recursos sobre los actos preparatorios y los pliegos, de trámite cualificado y de adjudicación definitiva, en los que la administración asume el papel de órgano de contratación (art. 44.2. LCSP). Lo que introduce alguna distorsión en la organización y funcionalidad del Consejo, a la que no podemos referirnos ahora.

[17] En el sentido del artículo 267 *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, que fue confirmado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015 (asunto C-203/2014, Consorci Sanitari del Maresme).

De suerte tal que en Castilla y León se ha confeccionado una versión distinta del Consejo Consultivo, que subraya su carácter jurídico, revestido con las garantías y características que le asemejan en ciertos aspectos a los rasgos de los órganos jurisdiccionales. Al adscribirse el Tribunal al Consejo[18], su fisonomía quedó alterada por la compatibilidad de ambas funciones[19], de la que históricamente pueden advertirse antecedentes[20], al igual que en el plano comparado, como exhiben los Consejos de Estado francés, italiano o belga[21].

El Consejo Consultivo de Castilla y León representa, por tanto, una novedad en el panorama de la función jurídico-consultiva española, que refleja su doble condición: Consejo Consultivo y Tribunal Administrativo. Jurídicamente son dos órganos diferenciados con la misma función general y abstracta de control y garantía de que «la administración actúa conforme a Derecho»[22]. Comparten infraestructura, medios personales y materiales desde 2012. Incluso casi son coincidentes en la composición: los vocales del Tribunal son los consejeros electivos del Consejo[23]. Lo que permite plantearse si, acaso *de facto*, es un solo órgano con dos funciones distintas.

Los atributos de independencia, imparcialidad, neutralidad política, objetividad jurídica y autonomía funcional gozan de respeto y garantía, y son coincidentes en el órgano diseñado por el Derecho autonómico y en el regulado por el Derecho comunitario. La confirmación expresa de independencia, como órgano refractario y separado de otros centros de poder o decisión, es presupuesto del ejercicio de la función consultiva en condiciones de imparcialidad[24]. Por su parte, la elección parlamentaria de los

[18] *Ley 1/2012, de 28 de febrero, Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León.*

[19] Compatibilidad que proclama la Ley, cuya Exposición de Motivos no oculta que la adscripción respondió al objetivo de la austeridad («coste cero»). La afirmación del legislador autonómico se tradujo en dos disposiciones que confirmaron la línea de ahorro público emprendida por el Informe CORA, ante la oleada de críticas de la opinión pública y de las modificaciones sufridas en aquel periodo por algunos órganos consultivos autonómicos: de una parte, que los miembros del Tribunal Administrativo no percibirían «retribución adicional como consecuencia de su pertenencia este órgano» (art. 60.5); y de otra, que el Consejo debía proveer «al Tribunal Administrativo de los necesarios medios materiales y personales con cargo a su presupuesto»(art. 63). A la que se añadiría posteriormente una tercera: la reordenación de los servicios administrativos de las instituciones propias de la Comunidad (Consejo Económico y Social, Procurador del Común, Consejo Consultivo y Consejo de Cuentas), en torno a la común Secretaría General de Apoyo (art. 6; *Ley 4/2013, de 19 de junio, por la que se modifica la organización y el funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad de Castilla y León*).

[20] Concretamente la Ley del Consejo de Estado de 1860, ya citada, que atribuía a este, además de la función consultiva, la (en aquel momento) contenciosa de resolver las controversias relativas al *«cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos...»* (art. 46, 1.ª).

[21] A pesar de que la Europa del XIX se inclinó por la exclusividad de la función jurisdiccional en manos del poder judicial, no caló en estos países, que separaron en distintas salas ambas funciones. El recelo europeo, de entonces, de que una parte de la jurisdicción (la contenciosa) quede vinculada a la propia administración, sigue teniendo influencia en la actualidad. Vid. la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 326, A, de 28 de septiembre de 1995 (Avenzuela Cárcel, Jesús, *op. cit.,* p. 66).

[22] Biglino Campos, Paloma, «Introducción». En VV.AA., *op. cit.,* p. 24.

[23] Artículo 60.1, *Ley 1/2012, de Medidas Tributarias...,* ya citada.

[24] La Ley lo determina y establece vías para asegurar la neutralidad del órgano, así como su autonomía orgánica y funcional, la objetividad y la independencia (art. 1 LCCCyL), al no estar integrado en ninguna de las Consejerías u órganos de la administración autonómica general o institucional (art. 1.2 RCCCyL).

consejeros refuerza el carácter democrático del órgano y reafirma tanto su legitimidad estatutaria como su posición en el contexto institucional de la Comunidad[25]. Se toman suficientes prevenciones de capacidad técnica[26], que en el caso del presidente, por serlo del Tribunal Administrativo, se exige «poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez»[27]. La Ley asegura la inviolabilidad de toda instrumentalización política de los consejeros, mediante la regulación tasada de las causas de pérdida de esa condición, un riguroso régimen de incompatibilidades, la independencia valorativa (posibilidad de formular votos particulares por escrito si discrepan del acuerdo mayoritario)[28], y la inamovilidad de los tres consejeros-vocales[29].

En el aspecto funcional, el Consejo se activa en los supuestos previstos por la ley y su labor se inserta, como último trámite del procedimiento, antes de la toma de decisiones por las administraciones públicas. La opinión del Consejo, fundada en Derecho y conforme a un procedimiento reglado, advierte, garantiza y ayuda a que la decisión sea jurídicamente lo más acertada posible, pero con efectos no vinculantes. El dictamen expresa, en ocasiones, la preocupación por el funcionamiento de las administraciones y de los servicios públicos de la Comunidad en relación con los ciudadanos. Por ello, a veces, también contiene recomendaciones, orientaciones, o consideraciones *obiter dicta*, dirigidas a aquellas, en el entendimiento de que el Derecho está integrado por valores, principios, objetivos y derechos constitucionales y estatutarios, referidos a la Comunidad como organización política.

Por su parte, la adscripción del Tribunal Administrativo refuerza la naturaleza jurídica de la institución. El Tribunal resuelve el recurso especial en materia de contratación pública, a modo de primera instancia jurisdiccional, mediante un procedimiento que termina en una resolución ejecutiva con similitudes evidentes con los fallos judiciales, que puede ser recurrida ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia. La adscripción de un Tribunal Administrativo con función cuasi-jurisdiccional al Consejo ha sido correcta: las funciones que se realizan en ambos responden a parecidos parámetros de procedimiento, argumentación y conclusión, con excepción hecha de la eficacia ejecutiva de las resoluciones (del Tribunal), y no vinculante de los dictámenes (del Consejo). Pero en efecto, su adscripción o integración se comprende porque ambos órganos y sus funciones responden a un mismo objetivo y fundamento: el control de legalidad de los procedimientos y actos de la administración.

---

[25] El Consejo está compuesto por tres consejeros, elegidos por la mayoría de 3/5 de las Cortes, a los que se unen los expresidentes de la Junta, como miembros natos (art. 7 LCCCyL).

[26] Licenciados en Derecho, diez años dedicados a función o actividad profesional de contenido jurídico y condición de ciudadanos de Castilla y León (*Idem*).

[27] Artículo 8.2*, Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989.*

[28] Artículo 16.2 LCCCyL.

[29] Característica del mandato impuesto por el Derecho europeo: «estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo...a su revocabilidad» (art. 2.8, pfo. 1.º, *Directiva* citada).

3.2. El «sistema» y la necesidad de homogeneidad

El Consejo Consultivo sustituye en Castilla y León al Consejo de Estado, emitiendo dictámenes preceptivos, no vinculantes, con proximidad a los ciudadanos y a las administraciones de la Comunidad. Al fin y al cabo, «sustitución» y «equivalencia» fueron los ejes en los que la jurisprudencia constitucional asentó la constitucionalidad de los consejos consultivos autonómicos[30]. Se intentaba así construir y mantener una suerte de «sistema» de función consultiva que girase en torno al prestigio y técnica del Consejo de Estado, con el objetivo de cierta homogeneidad entre este y los consejos autonómicos. Pero años más tarde, el propio Tribunal Constitucional relajó la fórmula, habilitando la atribución de nuevas funciones y competencias de alcance constitucional-estatutario y jurídico-administrativo, siempre que —dijo— la regulación «no infrinja previsiones constitucionales»[31]. De manera que lo que había sido una relativa homogeneidad inicial en cuanto a la composición y a la columna vertebral de las competencias, acabó quedando en el ámbito de la potestad de auto-organización de las Comunidades.

Obviamente, esta potestad legitima la heterogeneidad del sistema, pero una relativa identidad de configuración funcional resulta también necesaria para dotar a la función y a los elementos que lo componen, de un tronco común que dé consistencia «estatal». La coherencia de tales elementos esenciales caracterizadores de la función consultiva, exige que se identifique su perfil común de homogeneidad como «sistema», para que este no derive en la disgregación o des-configuración del conjunto[32].

4. El despliegue de la función del Consejo: su posición institucional

El papel del Consejo es el de un órgano técnico-jurídico. La técnica y el método de resolución de los expedientes sometidos a su consideración son estrictamente jurídicos[33]. Al observar sus competencias, un grupo de ellas pertenece a materias de naturaleza constitucional-estatutaria[34], en las que la Comunidad y sus instituciones actúan

[30] STC 204/1992, de 26 de noviembre (ponente: C. De la Vega Benayas).

[31] STC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ 12.º; ponente: E. Pérez Vera).

[32] López Menudo, Francisco, *La Administración consultiva y su desconfiguración como sistema,* Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2019, p. 92.

[33] Le corresponde «velar por la observancia de la Constitución, del Estatuto y de todo el ordenamiento jurídico... sin que pueda extenderse a valoraciones de oportunidad o conveniencia, salvo que así le sea expresamente solicitado por la autoridad consultante» (art. 2.1 LCCCyL). Lo que deja bien claro que el objeto son casos jurídicos, y que la argumentación para llegar a la conclusión ha de encuadrarse en los estrictos términos del razonamiento jurídico.

[34] Que el Consejo sea competente para emitir dictamen sobre la interposición del recurso de inconstitucionalidad y del conflicto de competencias, y que la Ley del Consejo lo disponga como *preceptivo* para la decisión de la Junta, es un dato nada banal. Lo mismo sucede con la *consulta preceptiva* sobre anteproyectos de reforma estatu-

como parte del Estado; de su ejercicio se beneficia el Gobierno autonómico (principalmente), pero también pueden hacerlo las Cortes regionales. La preceptividad del dictamen indica normatividad de formalizar la consulta constitucional-estatutaria, porque se trata de competencias que inciden en la delimitación de la distribución de competencias y del alcance de la autonomía en la organización territorial del Estado.

Estas competencias tienen un lugar común, en la medida en que se insertan en el procedimiento normativo que dirigen, disponen y concluyen los órganos políticos principales de la Comunidad. En estos casos, el dictamen forma parte del proceso de toma de importantes decisiones políticas, pero sin desplegar efectos jurídicos ejecutivos, pues expresa un juicio u opinión no vinculante, al que no se anuda la «medida» consiguiente (obstativa, ejecutiva o sancionatoria), que caracteriza, desde un punto de vista jurídico, a la actividad propiamente calificada como de control[35]. El valor jurídico del dictamen se asienta en la *auctoritas* del Consejo, en el prestigio, el valor moral y el plus de convicción que transmite en cuanto a receptividad y aceptación del mismo por la entidad consultante.

Tales competencias se explican precisamente por la posición institucional que el legislador autonómico ha querido dar a la función. La razón fundamental que ha aconsejado la creación del Consejo como órgano de garantías, reside en la búsqueda de formas de tutela del Estatuto y de la Constitución, en cuanto ambas normas fundamentales contienen «técnicas de ajuste de un engranaje complejo»[36] mediante las que se define la distribución del poder en el Estado autonómico. Lo que atribuye a su función una alta posición en el contexto institucional de la Comunidad[37].

---

taria y sobre las proposiciones de reforma estatutaria que afecten a la protección y desarrollo de los derechos y deberes de los castellanos y leoneses con carácter previo a su toma en consideración; proyectos de legislación delegada, anteproyectos de ley, proyectos de reglamentos de carácter general; conflictos de competencia, acuerdos de cooperación con otras comunidades, de proyección exterior de la Comunidad; o de su intervención en el planteamiento del conflicto en defensa de la autonomía local. [*Vid*. arts. 4.1.a) LCCCyL; y 73.ter.3 LOTC].

[35] Font i Llovet, Tomás, «Los Consejos consultivos de las Comunidades Autónomas», *Autonomies. Revista catalana de Derecho Público,* 8, 1987, p. 17. Aunque técnicamente sea así, la expresión «control» puede ser entendida en la función consultiva como contraste y advertencia de legalidad.

[36] Cano Bueso, Juan, «Consolidación de los Consejos Consultivos en España y su papel como garantes de la autonomía», *Revista Catalana de Dret Públic,* 39, 2009, p. 74.

[37] Merece mención aparte, la amplísima competencia para emitir estudios, informes o propuestas, a solicitud de la Junta, o a propia iniciativa (art. 2.2 de la Ley del Consejo), cuyo alcance y perspectiva están por delimitar, pero que abre un sinfín de posibilidades al Consejo Consultivo como órgano de asesoramiento y de opinión sobre asuntos generales de la Comunidad y del funcionamiento de sus instituciones. Creo, no obstante, que para no perturbar la naturaleza jurídica del órgano, su uso además de moderado debiera ceñirse a cuestiones cuyo perfil jurídico-estatutario no genere dudas. El Consejo ha hecho uso recientemente de tal previsión competencial e, incardinado en estos límites, emitió con fecha 29 de diciembre de 2020 el primer Informe a iniciativa propia sobre «*La evaluación del impacto demográfico en el procedimiento de elaboración de las normas*» (web del Consejo; http://www.es/es/informes).

4.1. El Consejo, órgano consultivo de las Cortes

Entre estos expedientes que tienen relación directa con la garantía constitucional-estatutaria, destaca el *dictamen preceptivo* de las proposiciones de reforma estatutaria que afecten a la protección y desarrollo de los derechos y deberes de los castellanos y leoneses, con carácter previo a su toma en consideración[38]. Esta competencia denota la alta función y posición que el legislador ha querido darle, pues no es frecuente que los órganos consultivos lo sean para el poder de reforma estatutaria. En estos expedientes, el Consejo se convierte en órgano jurídico-consultivo de las Cortes de Castilla y León. De forma que es sobre el ejercicio de la función parlamentaria donde se proyecta la intervención del Consejo, pues se inserta como una suerte de juicio previo de constitucionalidad acerca de la propuesta de reforma estatutaria por su afectación a derechos y deberes ciudadanos. El parecido a la función de garantías constitucionales o más propiamente al Consejo Constitucional francés, es evidente. Tal competencia se explica por la posición que precisamente el legislador ha querido dar a sus funciones, que le llevan a sobrepasar los muros de los *interna corporis*.

Al margen del ya aludido dictamen preceptivo, la ley contiene tres supuestos en los que las Cortes pueden solicitar al Consejo la emisión de *dictamen facultativo*. a) Los dictámenes que el Presidente de las Cortes recabe sobre asuntos, no sujetos a dictamen preceptivo, que por su «especial trascendencia o repercusión lo requieran»; b) las solicitudes que las Cortes consideren oportunas, sobre las proposiciones de reforma estatutaria; y c) que la Mesa, oída la Junta de Portavoces, por acuerdo unánime, solicite dictamen sobre cualquier otro asunto distinto de los anteriores que esté en tramitación en las Cortes[39].

Son dictámenes que alejan al órgano de la posición tradicional de asesoramiento del ejecutivo, y dan originalidad y extensión a su papel de control del principio de legalidad, que se proyecta sobre la función parlamentaria. Que un órgano jurídico externo e independiente, como el Consejo Consultivo, emita un dictamen sobre la actividad de la cámara, promoviendo el rechazo de posibles contradicciones con el Estatuto o la Constitución, o advirtiendo de interpretaciones que podrían vulnerarlas, es, como dijera la profesora Biglino, «situar al Consejo en el centro del debate político»[40]. El delicado protagonismo que asumiría en el proceso político democrático, puede debilitar su posición. Como contrapartida, podría contribuir a reafirmar su posición como órgano vértice del sistema jurídico estatutario, subrayando su función preventiva e indirecta de control de constitucionalidad y estatutoriedad.

[38] Artículo 4.1.a) LCCCyL.
[39] Artículos 5.1 y 5.2 LCCCyL.
[40] Biglino Campos, Paloma, «Algunas reflexiones finales». En VV.AA., *op. cit.,* p. 177.

No obstante, esta posibilidad de consulta facultativa es una realidad. Hace tan solo unos meses se planteó en las Cortes autonómicas. Existe y puede articularse cuando hay acuerdo unánime de todas las fuerzas políticas representadas en la Mesa de la cámara[41]. En tal caso, «no hay riesgo de que el Consejo Consultivo interfiera en el ejercicio de la función representativa ni de que dicha institución se utilice como instrumento político»[42].

4.2. El Gobierno regional y el Consejo

En este ámbito, la competencia más relevante y habitual del Consejo Consultivo es la de dictaminar sobre la adecuación al Estatuto y a la Constitución de los anteproyectos de ley y proyectos de decretos de la Junta[43]. Es una competencia tradicional del Consejo *(«emitir parecer en los Autos y Pragmáticas del Reino»*), que se ha trastocado en garantía de la aplicación del Derecho en el procedimiento de elaboración de las normas generales a iniciativa legislativa y reglamentaria de la Junta. Ofrece la garantía de una revisión técnica previa de las normas generales de la Comunidad, cuidando de la coherencia, la unidad jurídica y la calidad[44]; y en buena medida de la seguridad de que la ley autonómica aprobada finalmente o el reglamento no incurrirán en un vicio de nulidad si acaso fueran objeto de control jurisdiccional[45].

La *auctoritas* del Consejo cumple una cierta función de refuerzo de la posición de la Junta ante las Cortes, a la hora de presentar su proyecto de ley con el aval del Consejo Consultivo («de acuerdo con...»)[46], que incluye la supervisión del anteproyecto sometido a dictamen. Cuestión que se reafirma al entender que consiste en someter el anteproyecto de ley (o el proyecto de decreto) a su adecuación al Derecho, aunque no haya una atribución expresa de control previo de constitucionalidad-estatutoriedad; pero que puede comprenderse implícitamente en tal competencia atribuida por el legis-

[41] El Grupo socialista promovió ante la Mesa la solicitud de dictamen facultativo al Consejo Consultivo sobre la *Proposición de Ley de Concordia de Castilla y León.* Fue rechazada por el voto contrario de Vox. El resto de los grupos que componen la Mesa (PP y PSOE) votó a favor; y en consecuencia no hubo unanimidad. Lo interesante del caso es que se planteó como un problema de posible inconstitucionalidad; lo que indica la posición del Consejo ante las Cortes como órgano de control previo de la constitucionalidad-estatutoriedad de la Ley autonómica.

[42] Biglino Campos, Paloma, «Algunas reflexiones finales». En VV.AA., *op. cit.,* p. 181.

[43] Artículo 4.1.c) y d) LCCCyL.

[44] De Carreras, Francesc, «El Consejo de Estado como órgano consultivo». En VV.AA., *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1985, p. 88.

[45] Bien entendido que el significado del dictamen del Consejo es el de un juicio fundado en Derecho, al que no se anuda ninguna consecuencia jurídica directa e inmediata. No condiciona ni vincula a la Junta en su redacción final, ni a las Cortes en la aprobación de la ley, como tampoco, naturalmente, a los tribunales.

[46] Artículo 6.1 RCCCyL.

lador autonómico, de control jurídico, previo, consultivo y sin efectos vinculantes del procedimiento pre-normativo de elaboración de normas generales de la Comunidad.

Por ello, esta idea de control previo y difuso de constitucionalidad-estatutoriedad alcanza un ámbito versátil: abarca todo el espectro jurídico en que puede enmarcarse la intervención del Consejo. Es decir, en relación con la eventual contravención del Estatuto o de la Constitución (bloque de la constitucionalidad); puede comprender igualmente la consideración de las posibles vulneraciones de derechos constitucionales, sin que haya una atribución expresa o implique necesariamente violación específica del Estatuto; como también podría ser objeto y contenido del dictamen el señalar o advertir de la posible conculcación de derechos estatutarios, aunque no esté previsto un mecanismo para su enjuiciamiento como derechos subjetivos[47].

Con respecto a la potestad reglamentaria de la Junta, el Consejo controla la regularidad del expediente normativo al objeto de garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales y estatutarios que conforman el ejercicio legítimo de la potestad regulatoria (jerarquía, reserva de ley, régimen competencial, etc.); también de los que expresamente determina el ordenamiento estatutario (los de participación en los asuntos públicos, a una buena Administración, etc.); así como la comprobación de la completitud de la Memoria con la presencia de los informes preceptivos y los impactos que deben constar en el procedimiento de elaboración.

Por ello, la motivación constituye la razón de ser de la decisión política convertida en norma (art. 9.3 CE). El dictamen del Consejo ha de comprobar que la elaboración del proyecto de decreto, tanto en su aspecto formal como material, ha sido respetuosa con las exigencias legales sobre participación democrática y transparencia; y ha de ponderar que el expediente no sea considerado ni arbitrario, ni manifiestamente insuficiente o desproporcionado, incluyendo la advertencia de que tal falta de justificación puede llevar aparejada un vicio de nulidad de la norma de la Junta[48]. El círculo de la calidad

[47] Respecto de los anteproyectos de ley autonómica no parece que haya duda; como tampoco la hay sobre la legislación delegada, atribuciones expresamente sometidas a la competencia preceptiva del Consejo. Sin embargo, los anteproyectos de decretos-leyes de la Junta (art. 25.4 EACyL), no están sujetos a dictamen y únicamente queda para su control el que aporta el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El uso profuso que los ejecutivos (estatal y autonómicos) están haciendo de esta fuente como instrumento de gobierno, ha llevado a buena parte de la doctrina a advertir que soslayar el riguroso procedimiento pre-normativo de iniciativa legislativa gubernamental utilizando los decretos-leyes, constituye una suerte de mutación constitucional alejada de la justificación suficiente para cumplir el presupuesto habilitante exigido por la Constitución y los Estatutos (la «extraordinaria y urgente necesidad»). Por tal motivo, argumentar a favor de su inclusión como competencia del Consejo, preceptiva o facultativa, en paralelismo con la consulta sobre los anteproyectos de ley, es reconocer que el control difuso de estatutoriedad-constitucionalidad que aportaría el dictamen en el caso del decreto-ley es también una exigencia del Estado de Derecho.

[48] Particularmente significativa es la concurrencia de insuficiente evaluación del impacto económico y presupuestario, que en ocasiones se omite o se analiza de forma muy genérica, o el impacto de la futura norma sobre los presupuestos de las entidades locales. Convendría recordar la importante sentencia del Tribunal Supremo 508/2018, de 22 de marzo, que se inclinó abiertamente por el control judicial de la suficiencia de la motivación regulatoria. La senda jurisprudencial que inició, marcó el camino argumental a los Tribunales Superiores de Justi-

normativa quedaría cerrado si toda esta justificación permite valorar pro futuro los resultados conseguidos con la norma, en cuanto se refiere a evaluación retrospectiva[49].

La Ley del Consejo determina también la preceptividad del dictamen en otros expedientes que versan sobre materias de orden administrativo[50]. Se proyectan sobre la actividad de las administraciones de la Comunidad, a través de los cuales el Consejo se acerca a la realidad territorial y de población de Castilla y León. La ley y reiterada jurisprudencia contenciosa disponen que la preceptividad del dictamen en estos procedimientos trae como consecuencia que su omisión provoca la nulidad de la disposición o resolución.

4.3. El Consejo, garantía de los derechos ciudadanos. La responsabilidad patrimonial

En general, la intervención del Consejo promueve la garantía de los derechos e intereses legítimos de quienes son parte en un procedimiento administrativo, al servir a la tutela del interés general y de la legalidad objetiva. En particular, cuando aprueba dictámenes sobre revisión de oficio de la actividad administrativa y principalmente sobre expedientes de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (art. 106.2 CE)[51], los asuntos afectan más directamente a los ciudadanos, a su vida diaria. Estos últimos tienen origen en las reclamaciones presentadas por los particulares frente a la administración, por el funcionamiento de los servicios públicos, en las que se alegan vulneraciones de derechos o perjuicios a intereses legítimos.

En ellos suelen estar en juego derechos, especialmente de contenido social: sanitarios, educativos, de servicios sociales, de salud, relativos a menores, dependencia, familia, de funcionarios, medioambientales, de intereses colectivos, o en general sobre el funcionamiento de los servicios públicos. El Consejo interviene en ellos con carácter

---

cia, que puede conducirles a la declaración de nulidad de los decretos autonómicos. Recientemente *el Decreto 27/2022, de 23 de junio, de la Junta*, sobre regulación del «teletrabajo», dictaminado por el Consejo el 17 de marzo de 2022 (Dictamen 25/2022), ha sido declarado nulo por el Tribunal Superior de Justicia (STJSCyL 104/2024, de 6 de febrero), por «su disconformidad con el ordenamiento jurídico» (falta de informe sobre impacto presupuestario).

[49] En sintonía no sólo con la *Ley 2/2010, de 11 de marzo, de derechos de los ciudadanos en relación con la Administración de la Comunidad*, sino principalmente con la *Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común* (art. 130.1).

[50] Como las transacciones judiciales y extrajudiciales; los expedientes tramitados por las administraciones de la Comunidad y por las administraciones locales sobre revisión de oficio de actos administrativos; reclamaciones de responsabilidad patrimonial; alteración de términos municipales; modificaciones urbanísticas sobre zonas verdes o espacios libres; así como asuntos relativos a contratación pública y nulidad de contratos y concesiones administrativas [art. 4.1.h) e i) LCCCyL]. A los que habría que añadir otros previstos en las leyes estatales, como el dictamen sobre bienes comunales (art. 75.4 TR de Régimen Local; RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril).

[51] Artículo 4.1.i) 1.º y 2.º LCCCyL.

preceptivo; y el expediente, abierto con motivo de la reclamación del ciudadano, se tramita por la administración reclamada, que antes de resolver está obligada a consultar al Consejo Consultivo. El dictamen, en estos casos, propone y promueve una decisión orientada a la garantía y protección de las situaciones jurídicas vulneradas, y en él se decide sobre la efectividad de los derechos, aportando un nivel aceptable de justicia accesible, rápida y cercana a las personas. Tiene un peso especialmente importante en la satisfacción de las expectativas naturales que generan las vías de prestación, reclamación, restitución o resarcimiento compensatorio, que puede conseguirse en un ámbito previo y alejado del propiamente jurisdiccional, como es el jurídico-consultivo. De manera que el Consejo Consultivo además de promover el resarcimiento de los daños sufridos por el ciudadano, garantiza la vigencia y la efectividad de los derechos con mecanismos de tutela jurídico-administrativa previa —sin necesidad de acudir— a la vía judicial.

Es decir, que el Consejo al decidir sobre la estimación o desestimación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial no puede abstraerse de la constitucionalización y estatutoriedad de los derechos, porque la Constitución y el Estatuto constituyen los parámetros principales de legalidad de los actos de la administración pública. En el *petitum* de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la reparación de daños y perjuicios, el daño moral o la representación de intereses colectivos o difusos son habituales nociones que encierran mecanismos de tutela de los derechos. La práctica de la función consultiva los reconoce como técnicas difusas parajudicializadas, de garantía de los derechos e intereses de las partes, que desbordan los rigurosos y clásicos mecanismos operados en el sistema judicial[52].

Por ello, cuando se alude a la repetitiva dedicación del Consejo a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, el dato lleva a concluir que, a través de estas, el ámbito jurídico-administrativo se anticipa al judicial en la compleja problemática de la protección y garantía de los derechos. El propio lenguaje común europeo de los derechos incide en la receptividad de los Estados miembros hacia un eficiente sistema de garantías de las situaciones jurídico-subjetivas, del que forman parte las técnicas utilizadas por la función consultiva. Las dificultades de garantía rápida, próxima y adecuada de algunos derechos constitucionales, de los derechos sociales y de los derechos estatutarios en el ámbito judicial, han traído consigo la inserción de nuevos mecanismos procesales de justicia cautelar en los dictámenes de la función consultiva. Con ello se obtiene su tutela provisional, como una especie de «sirimiri» de protección y efectividad,

[52] A los conceptos frecuentemente alegados en Derecho comparado ante la jurisdicción y la función consultiva, como el «fumus boni iuris» o el «periculum in mora», se han unido otros mecanismos de justiciabilidad administrativa (*Vid*. Cascajo Castro, José Luis, «Derechos sociales», *Cuadernos de Derecho Público,* 37, 2009, p. 34; también Carrillo López, Marc, «Los derechos sociales en la Constitución y el juez de Luxemburgo», *Revista Vasca de Administración Pública,* 109-II, 2017, p. 158).

que acaba empapando al Estado, al ordenamiento y a los ciudadanos sin apenas apreciarse[53].

Así pues, la práctica consultiva de la responsabilidad patrimonial atestigua la dedicación transversal a los derechos en materias sensibles a la ciudadanía, como las ya aludidas. Mediante la consolidada doctrina consultiva se da visibilidad a los derechos, y los dictámenes son un instrumento para llegar a resultados pragmáticos, sobre su contenido y alcance. De manera que el Consejo Consultivo de Castilla y León es también garante de los derechos ciudadanos[54].

En fin, estas breves consideraciones sirven para confirmar el acierto de las reflexiones que hiciera la profesora Biglino, allá por el año 2003, sobre el futuro de la función consultiva en Castilla y León.

El principio de autonomía fue el punto de partida estatutario del Consejo. Su desarrollo posterior ha configurado a este órgano autonómico con los particulares perfiles a que obedece hoy su regulación y actividad.

[53] En Castilla y León, en el último año las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ante el Consejo han supuesto el 67% de los asuntos sometidos a dictamen. En el 94,88% de ellos, las administraciones consultantes han seguido el criterio adoptado por el Consejo («de acuerdo»); solo el 5,12% de las resoluciones administrativas se han separado de la posición del Consejo («oído el Consejo»). *Memoria-2024 del Consejo Consultivo* (correspondiente a 2023).

[54] Buen ejemplo de ello es el reciente dictamen 422/2023, de 31 de octubre, en el que el Consejo dictaminó un caso de «pérdida de oportunidad sanitaria» (derecho a la salud y funcionamiento de los servicios públicos), ante el que la Administración mantenía la desestimación de la reclamación del interesado, sin considerar ni valorar el *quantum* indemnizatorio. Tras el dictamen estimatorio del Consejo, la Administración dictó resolución favorable al reconocimiento del derecho del perjudicado, confirmando la efectividad del derecho y la indemnización fijada por el Consejo Consultivo.

PARTE VIII
ESTUDIOS SOBRE EUROPA E IBEROAMÉRICA

CAPÍTULO 35
FEDERALISMO Y REPARTO COMPETENCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Javier Tajadura Tejada
[Universidad del País Vasco (UPV/EHU)]
Catedrático de Derecho Constitucional

1. Introducción[1]

El federalismo constituye una de las múltiples y fecundas líneas de investigación por las que la profesora Paloma Biglino ha transitado a lo largo de su brillante carrera universitaria. Entre sus muchas y meritorias publicaciones, la monografía dedicada al estudio de las competencias, *Federalismo de integración y de devolución. El debate sobre la competencia* (CEPC, Madrid, 2007), es una obra fundamental para comprender tanto la importancia de la aplicación del método histórico al Derecho constitucional como la relevancia de la categoría de competencia para el estudio del federalismo.

La historia del constitucionalismo y de las ideas y conceptos constitucionales es enormemente útil (aunque muchos no se percaten de ello) para que quienes tienen que interpretar y aplicar hoy la constitución vigente tomen conciencia de que muchos de los conceptos que esta emplea: nación, soberanía, monarquía, independencia judicial, etc., pueden ser entendidos y de hecho lo han sido a lo largo del tiempo de forma muy diversa. Dicho con otras palabras, que el contenido de esos conceptos ha variado de forma muy profunda con el paso del tiempo; y, ¿por qué no reconocerlo? que abundan en la constitución de 1978 conceptos, categorías y términos anacrónicos: desde la declaración de guerra hasta la inmunidad parlamentaria. Esta distinta comprensión de los mismos términos a lo largo de la historia, y en diferentes lugares, otorga una gran importancia al método histórico y al comparado. La referida monografía de la profesora Biglino sobre el surgimiento y evolución del concepto y el principio de competencia es una muy significativa y meritoria muestra de ello.

[1] Este trabajo se enmarca en las tareas del Grupo de Investigación de la UPV-EHU, de Historia intelectual de la política moderna: conflictos y lenguajes jurídicos y políticos (IT1663-22) financiado por el Gobierno Vasco.

Por otro lado, el sistema de distribución de competencias es una cuestión capital de todo Estado Federal.

Con estas premisas, he escogido como tema para desarrollar como contribución a este merecido libro homenaje, una aproximación a la Unión Europea, como singular manifestación del fenómeno federal, centrada en la exposición de su sistema de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros y en la necesidad de reformarlo.

2. Europa como proyecto federal

El proyecto de integración europea nació con un objetivo fundamental que ha cumplido con indiscutible éxito: evitar una nueva guerra entre los Estados nacionales de Europa en general, y entre Francia y Alemania, en particular. En el transcurso de setenta años estas dos potencias habían librado tres guerras, revistiendo las dos últimas carácter mundial. Frente a ese trágico legado (millones de muertos), los casi setenta y cinco años transcurridos desde que en 1950 se firmara en Roma el Tratado constitutivo de la primera comunidad (CECA) han reportado a los europeos el más prolongado periodo de paz —puesto ahora en grave peligro por el expansionismo criminal del régimen ruso de Putin— y las mayores cotas de libertad y bienestar de nuestra secular historia.

La integración europea arrancó en 1950 con la puesta en marcha de la primera de las Comunidades Europeas. El 9 de mayo de ese año, el ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Robert Schuman propuso a Alemania, su secular enemigo, y al resto de países europeos interesados, la puesta en común de sus producciones de carbón y acero como primer paso para la creación de «una federación europea imprescindible para la preservación de la paz», ya que la experiencia mostraba que «no hubo Europa y tuvimos la guerra». La Declaración Schumann sentó las bases del método comunitario, esto es la utilización progresiva de instrumentos de integración económica para obtener logros políticos. Fue así como nació en 1951 mediante el Tratado de París, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).

Pocos años después, en 1957, en la Sala de los Horacios y Curiacios del Palacio de los Conservadores, erigido en la Plaza que Miguel Ángel diseñara en 1536 sobre la colina del Capitolio, un lugar de singular trascendencia para la civilización occidental y dotado por ello de un gran poder evocador tuvo lugar la firma del Tratado de Roma. Nacía así la Comunidad Económica Europea (CEE), hoy Unión Europea. Se iniciaba una nueva etapa en la Historia de Europa. Las guerras civiles europeas que habían ensangrentado el continente y lo habían relegado a una posición secundaria en el concierto internacional quedaban atrás. La integración ha supuesto los mejores años de la historia de Europa en términos de paz, libertad y cohesión económica y social.

El Tratado fundacional firmado en 1950 se configuró como el primer paso de un proceso de largo alcance cuyo objetivo último era la unidad política de Europa. Se trataba de un proyecto único en la historia. Si bien es cierto que en el pasado se habían formulado proyectos unificadores estos se concebían como fruto de la política imperialista expansionista de una potencia. En el pasado todos los intentos de lograr la unidad continental se habían basado en la violencia, en la fuerza de las armas. A diferencia de todos esos intentos, el proceso iniciado en 1950 pretendía lograr la unidad de forma pacífica, y a través del Derecho. Entronca con la idea kelseniana de «la paz a través del derecho». El Derecho iba a ser el medio para lograr la paz en Europa. Europa se configuraba por ello ante todo como una «comunidad de Derecho».

El Derecho era y es el instrumento para forjar la unidad, pero hacía falta una técnica. La técnica la encontraron los fundadores en el federalismo. El federalismo era la técnica más adecuada, realmente la única imaginable o conocida para lograr el propósito pretendido. Una técnica que permitía a partir de entidades estatales construir una unidad más amplia. Un caso paradigmático de federalismo de integración. Ahora bien, el federalismo era la última fase o etapa de ese proyecto. Su consecución debía llevarse a cabo a través de una política de pequeños pasos (funcionalismo). De lo que se trataba —en términos jurídico-políticos— era de ir transfiriendo a las instituciones europeas competencias estatales sobre diversas materias, y de esta forma limitar la soberanía de los estados. He aquí la clave del proyecto: limitar o compartir la soberanía. Clave que pronto subrayó el Tribunal de Justicia. En todo caso, el objetivo último era alumbrar una comunidad política supranacional.

En este sentido conviene recordar que los tres dirigentes de los Estados fundadores más importantes de las Comunidades Europeas (Francia, Alemania e Italia), presentaban tres características comunes que no siempre han sido suficientemente destacadas. Generacionalmente, habían vivido dos guerras mundiales. Geográficamente, pertenecían a las regiones limítrofes de sus respectivos países: Konrad Adenauer era de Renania y Robert Schuman de la Lorena incorporada en 1871 al Imperio Alemán. Alcide de Gasperi del Trentino (al nordeste de Italia), nació y pasó parte de su vida adulta en el Imperio austrohúngaro. Políticamente, los tres se alineaban con la democracia cristiana. Estas tres notas explican y definen el significado último del proceso de integración europea del que son padres fundadores. La experiencia vital de la guerra, así como su procedencia territorial de regiones limítrofes con identidades múltiples y fronteras mutables y, finalmente, su catolicismo (cuyo universalismo trasciende los moldes nacionales, a pesar de que esta nota esencial haya sido desfigurada por todos los regímenes y partidos nacional-católicos), les permitió renunciar tanto a la «ideología de la nación» como a su corolario dogmático: el «principio de soberanía nacional» y alumbrar una nueva forma de comunidad política supranacional.

El objetivo último de estos grandes estadistas era la preservación de la civilización europea como tal. Ahora bien, de la misma forma que la otra gran conquista civilizatoria de aquella época (1945-1975): el Estado Social, el proyecto debía sustentarse en una base social y política mucho más amplia. Por ello junto a la democracia cristiana, la socialdemocracia fue el otro pilar político fundamental del proceso. La socialdemocracia por su naturaleza internacionalista y su identificación con los ideales cosmopolitas de la Ilustración, fácilmente hizo suyo también este gran proyecto civilizatorio, y a ella pertenecen algunos de los políticos europeístas más destacados (desde Felipe González hasta Jacques Delors pasando por Helmut Schmidt).

3. La Unión Europea ¿federación o confederación?

En 2024, Europa se presenta ante el jurista como una organización de Estados que se inspira y se vertebra sobre los valores y principios del federalismo. La Unión Europea presenta numerosos rasgos propios de un esquema federal de articulación del poder, a saber:

— El maestro Rubio Llorente definió como el elemento esencial del federalismo, el reparto del poder. En la Unión Europea existe un orden de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Orden que está recogido en una norma suprema (Derecho primario) que solo puede ser reformada por un procedimiento específico y agravado (distinto del exigido para reformar el derecho derivado) y cuyo respeto está garantizado por un Tribunal de Derecho.
— Las instituciones de la Unión Europea ejercen directamente potestades normativas y jurisdiccionales sobre los particulares.
— Los mecanismos de resolución de conflictos encajan también en el esquema federal.

Aceptado esto, el problema surge cuando se trata de determinar a cuál de las manifestaciones estructurales históricas del federalismo se adscribe la nueva comunidad política europea. Y ello porque la Unión Europea tal y como está actualmente configurada por el Tratado de Lisboa no responde de manera total, plena y absoluta ni al concepto clásico del Estado Federal ni al de Confederación de Estados. La Unión Europea presenta rasgos y elementos de uno y de otra.

Ubicado el proceso de integración europea en la senda del federalismo, veamos las razones que explican la dificultad de situar con claridad a la Unión Europea bien en la órbita del Estado Federal, bien en la de la Confederación de Estados.

Para estos efectos y siguiendo a Ruipérez[2], debemos recordar que fue Georg Meyer, entre todos los teóricos del federalismo, el que formuló la distinción entre las dos manifestaciones del fenómeno federal de la forma más tenue y menos intensa habida cuenta que, según él, la celebración del Tratado por el que se crea la Confederación de Estados, supone ya la renuncia por parte de sus integrantes a su status de Estados soberanos e independientes, sujetos del Derecho Internacional, en beneficio de la nueva entidad política. Confederación y Estado Federal quedan así, aparentemente, equiparados. Y digo, aparentemente, porque para G. Meyer dos fundamentales diferencias impiden llevar a cabo la mencionada equiparación. En primer lugar, el procedimiento en virtud del cual puede verificarse la reforma de su norma fundacional es diferente según nos encontremos en un Estado Federal o en una Confederación. Mientras que en la Confederación la reforma de su texto fundamental requiere, con carácter general, la unanimidad de los miembros, en el caso del Estado Federal, es suficiente con que el proyecto de revisión sea aprobado por una mayoría cualificada. Y, en segundo lugar, diferentes son también los efectos que las normas jurídicas emanadas de los órganos centrales producen sobre los ciudadanos según nos encontremos en un Estado Federal o en una Confederación. En el Estado Federal, las normas jurídicas de la Federación son directamente aplicables a todos los ciudadanos y no necesitan de ninguna convalidación por parte de las autoridades de las colectividades miembros. En la Confederación, por el contrario, las normas confederales sólo pueden ser aplicadas a los ciudadanos en la medida en que han sido transformadas en derecho interno por las autoridades de las colectividades miembros.

Atendiendo a la primera diferencia, la Unión Europea en la medida en que sus normas fundacionales deben ser siempre reformadas por unanimidad, se situaría en la órbita de la Confederación de Estados. Pero si nos atenemos a la segunda de las diferencias acuñadas por la clásica Teoría del Estado, la Unión Europea dada la aplicación preferente y directa de sus normas en el seno de los Estados miembros estaría mucho más próxima a la forma de Estado Federal.

Son las anteriores consideraciones las que nos llevan a compartir las tesis de La Pérgola, en el sentido de afirmar la necesidad de reformular las categorías clásicas sobre el federalismo de la Teoría del Estado[3]. De lo que se trataría es de diferenciar dentro de la Confederación entre una forma antigua o arcaica y una forma moderna. A la primera responderían los modelos históricos por todos conocidos: la Unión de las trece antiguas colonias americanas desde el 5 de noviembre de 1779 hasta la puesta en marcha de la Convención de Filadelfia; la Confederación Helvética desde 1803 a 1848; o la situación de los Länder alemanes hasta la creación del Imperio guillermino y la aprobación de la

[2] Ruipérez, J., *La «Constitución europea» y la problemática del Poder Constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, pp. 45 y ss.

[3] La Pergola, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, CEC, Madrid, 1994, pp. 124-138 y 151-190.

Constitución de 1871. A la segunda opción se adscribiría la Unión Europea que, no siendo aún un Estado Constitucional en su manifestación de Estado Federal, se encuentra mucho más centralizado de lo que lo estuvieron nunca las Confederaciones históricas.

La Unión Europea es una Confederación que presenta un grado de centralización mucho más avanzado del que alcanzaran las Confederaciones históricas. Los destinatarios de las normas dictadas por los poderes centrales no son únicamente las autoridades de las colectividades federadas, sino también los ciudadanos. Ahora bien, pese a ese mayor grado de centralización, la Confederación moderna «está destinada a no convertirse, en ningún caso, en un ente estatal»[4]. «La Confederación —escribe el profesor La Pergola— adquiere nuevas potencialidades y aplicaciones funcionales: no es ya sólo como en el pasado un débil y precario ordenamiento que precedía al Estado federal, sino que puede constituir el definitivo punto de llegada de un proceso de integración»[5].

Desde esta óptica, el profesor La Pergola considera que las normas convencionales, esto es, los Tratados Internacionales, no son los instrumentos adecuados para regular el proceso político de la Confederación moderna y ello por la sencilla razón de que la experiencia histórica demuestra que toda Confederación arcaica fundada en un Tratado Internacional acabó, bien transformada en un auténtico Estado Federal, bien condenada a su disolución.

Por todo ello, y refiriéndose por tanto a la Confederación moderna, el ilustre jurista italiano afirma: «Ha pasado el tiempo de las uniones fundadas sobre un Tratado entre soberanos e indiferentes a los grandes temas de los que se ocupa una Constitución, que debe desatar el espinoso nudo de las relaciones entre el hombre y su gobierno»[6]. En este contexto surge la idea de una «Constitución confederal»[7], esto es, de poner en marcha en el ámbito de la Unión Europea una Constitución racional normativa. Constitución que no sería ya el resultado de un pacto contractual entre Estados soberanos, sino la expresión de la voluntad soberana de un auténtico Poder Constituyente.

Por ello, y desde una perspectiva rigurosamente democrática, el maestro italiano afirma: «La Constitución (europea) debe emanar del poder constituyente, poder éste que aún no se le ha reconocido a la Asamblea de Estrasburgo»[8]. Pero que, de acuerdo con la lógica constitucional habrá que concedérsele si de verdad se quiere aprobar una Constitución democrática.

---

[4] La Pergola, A., *Los nuevos senderos...*, ob. cit., p. 133.

[5] La Pergola, A., *Los nuevos senderos...*, ob. cit., p. 171.

[6] La Pergola, A., *Los nuevos senderos...*, ob. cit., p. 188.

[7] El concepto de «Constitución confederal» lo encontramos en la clasificación de las Constituciones llevada a cabo por Wheare, atendiendo al modelo de Estado a que dan origen. Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas,* 2.ª ed., Labor, Barcelona, 1975, pp. 24 y ss.

[8] La Pergola, A., *Los nuevos senderos...*, ob. cit., p. 183.

En este contexto, esta es la encrucijada en que se encuentra hoy la Unión Europea: o bien se fragmenta, echando por la borda los logros alcanzados durante los últimos setenta años y desaparece definitivamente del escenario de la historia, o bien se convierte en una Unión política federal[9].

4. Unión europea, soberanía y globalización

Comenzamos nuestra exposición subrayando que el proyecto europeo ha sido un éxito y la razón de esa afirmación no es otra que el hecho de que, aunque la guerra no ha sido definitivamente desterrada del escenario europeo, lo que sí ha desaparecido por completo es la posibilidad de un conflicto armado entre Alemania y Francia, o entre cualesquiera miembros de la Unión. Ahora bien, las nuevas generaciones dan ya por logrado ese objetivo y exigen hoy a la Unión otro relato legitimador de su función histórica. En definitiva, lograda ya la durante tantos siglos anhelada paz civil europea, los ciudadanos de la Europa del siglo XXI buscan otro argumento que explique y justifique el proyecto de integración; reclaman el conocimiento de las razones no ya históricas, sino actuales —esto es, basadas en la realidad política del presente— por las cuáles deberían renunciar al principio de soberanía nacional en beneficio de una nueva construcción política: la Unión Europea.

Desde nuestro punto de vista, no resulta complicado explicitar ese nuevo y necesario relato. Lograda la paz, Europa necesita alcanzar su unidad política para ser capaz de hacer frente a los desafíos de la mundialización. El Estado nacional es incapaz ya de dar respuesta por sí sólo a algunos de los retos que la globalización le plantea.

En este sentido, muchos son los juristas que se han aventurado ya a certificar, por su cuenta y riesgo, la defunción del sistema de Westfalia, entendiendo por tal aquel modelo político que surgido tras la guerra de los Treinta Años (1648) sirvió para sentar las bases del Derecho Público moderno. Fue entonces cuando asumió el Estado, desde el punto de vista del derecho interno, el monopolio de la legislación y de la jurisdicción; y cuando, desde la perspectiva del derecho internacional se convirtió en el único sujeto y en protagonista indiscutible. Ello implicaba que, directa o indirectamente, toda regulación jurídica, ya fuera interna o internacional, encontraba siempre en el Estado su referente básico y principal.

La situación hoy es muy distinta. Nadie podrá negar hoy que, junto al derecho estatal, creado conforme a los principios democráticos del Estado Constitucional, exis-

[9] Desde un punto de vista jurídico constitucional esto supondría: a) reemplazar los Tratados fundacionales (que sólo pueden ser reformados por la unanimidad de los miembros) por una Constitución; b) la supresión del derecho de secesión o de retirada; c) la atribución a la Unión de las competencias para el diseño y ejecución de una política exterior y de seguridad común.

te un inmenso corpus normativo producido extramuros del Estado que está integrado por numerosas reglas de dudosa condición democrática y que obedecen y responden a exigencias de la razón económica. Y tampoco podrá negarse que son estas últimas las que operan e inciden de manera mucho más decisiva en el sentido y calidad de nuestras vidas. El Estado ha dejado de ostentar no sólo el monopolio de la legislación sino también, en cierto modo, el de la jurisdicción. El auge del procedimiento arbitral, sobre todo en la contratación internacional, es una buena prueba de ello. Y probablemente como consecuencia inexorable de lo anterior, el Estado ha acabado renunciando también al monopolio de la violencia física legítima, en el cual viera Weber una de sus señas de identidad básicas. Esta renuncia al monopolio de la violencia ha provocado conmociones notables en la escena internacional. Hoy en día asistimos a guerras declaradas por los Estados a entes no estatales, las organizaciones terroristas transnacionales. Y contemplamos también que la conducta de muchos Estados, aun los más poderosos, viene condicionada, e incluso determinada, en muchas ocasiones, por los intereses de los poderes privados representados por las grandes corporaciones multinacionales. Poderes cuya influencia real en las relaciones internacionales supera ampliamente la ejercida por numerosos Estados del Planeta.

En este contexto, por tanto, no podemos sorprendernos de que haya juristas que hablen del ocaso de Westfalia, pero sí debemos mostrar nuestra perplejidad cuando algunos de ellos olvidan advertir las dramáticas y fatales consecuencias que el final del modelo de Westaflia, inevitablemente, provoca. El profesor Pedro De Vega se hizo eco de ellas con palabras claras y rotundas: «No se puede ni se debe ignorar que, cuando las normas que se generan extramuros del Estado, esto es, en los ámbitos regidos por la lex mercatoria propia de la mundialización económica, entran en colisión con las normas producidas democráticamente en los ámbitos del Estado, la tensión entre economía y política, entre razón económica y razón política, queda automáticamente transformada, se quiera o no, en la pavorosa confrontación entre democracia y antidemocracia, entre despotismo y libertad».

En este escenario, sumamente peligroso para el futuro de la democracia y del Estado Constitucional, el proceso de construcción europea puede y debe concebirse como la respuesta democrática a la crisis del Estado nacional.

Los Estados europeos dejaron de ser materialmente soberanos hace mucho tiempo. Con un solo ejemplo creo que puede entenderse lo que quiero decir. A lo largo del proceso de integración europea se han producido una serie de hitos significativos. El Tratado de Maastricht fue uno de ellos. En ese Texto se sentaron las bases de la Unión monetaria, esto es de la creación de una moneda única, e igualmente, de una política monetaria común, cuya dirección se atribuyó al Banco Central Europeo. Como es bien sabido, Bodino, el creador del concepto de soberanía, al referirse a los atributos del soberano, entre otras cosas advirtió que soberano es quien da valor a su moneda. Y, efec-

tivamente, podría entenderse que en 1992 los Estados miembros renunciaron a su soberanía monetaria, en beneficio del Banco Central Europeo. Ocurre, sin embargo, que la realidad es más bien la contraria. Esto es, los Estados cuyas monedas estaban sometidas a la presión de los especuladores internacionales, renunciaron a ellas a cambio de dotarse de una moneda más fuerte y estable frente a las presiones exteriores. Lo que en definitiva viene a significar que, con aquella decisión, los Estados no debilitaron su soberanía, sino que la fortalecieron. El ejemplo aludido, que podría ser confirmado por otros muchos, nos pone claramente de manifiesto que el proceso de integración europea lejos de debilitar a los Estados, los fortalece. Ahora bien, estos ya no toman las decisiones en el ámbito nacional sino a escala europea.

Desde esta perspectiva podemos alegar una serie de argumentos claros y contundentes de por qué Europa debería unirse políticamente y culminar el proyecto federal de los padres fundadores:

a) En primer lugar, desde un punto de vista formal, la soberanía de los sujetos de Derecho Internacional se encuentra limitada en el contexto de la propia comunidad internacional habida cuenta de que ningún Estado europeo puede ya por sí solo influir decisivamente en el acontecer político internacional. En este contexto, el orden mundial del futuro será un orden multipolar en el que junto a Estados Unidos y China, Japón, Rusia, Brasil e India ocuparán un lugar destacado. Una Europa desunida quedará relegada a la condición de espectadora de ese nuevo orden y sólo podría aspirar a tener un papel protagonista en la medida en que se presente como una unidad de acción y de decisión política.
b) Por otro, y como acertadamente subraya Habermas, los Estados nacionales europeos han perdido también, de facto, «una parte considerable de sus capacidades de control y de fiscalidad en ámbitos funcionales donde ellos, hasta los tiempos del último gran impulso a la globalización, podían decidir más o menos independientemente. Esto vale para todas las funciones clásicas del Estado, tanto para el aseguramiento de la paz y la seguridad física de la población como también para la garantía de la libertad, la seguridad jurídica y la legitimación democrática. Desde el fin del *embedded capitalism* (capitalismo incrustado) y del desplazamiento correspondiente producido en la relación entre la política y el mercado a favor de los mercados globalizados, el Estado se ve también afectado, y acaso de la forma más fuerte, en lo tocante a su papel de Estado intervencionista, que ya por razones de legitimación tiene que encargarse de la seguridad social de sus ciudadanos»[10].

[10] Habermas, J., «La política de Europa en un callejón sin salida. Alegato a favor de una política de integración escalonada». En *¡Ay, Europa¡*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 93-94.

Creo oportuno reproducir aquí el diagnóstico de la situación actual, realizado por el filósofo alemán, diagnóstico que comparto plenamente y que, en definitiva, es el que plantea con toda su crudeza el carácter «necesario» del proyecto de integración europea:

«La seguridad física en el propio territorio ya no puede garantizarse sin la colaboración internacional contra los riesgos derivados de la gran tecnología que trascienden las fronteras, contra la difusión global de las epidemias, contra el crimen organizado a nivel mundial, o el nuevo terrorismo, descentralizado y con redes en todos los sitios; las fronteras, que devienen porosas, cada vez son menos capaces de hacer frente a la presión de las potentes corrientes migratorias. El sistema jurídico nacional ya hace mucho que se ha visto interferido por las disposiciones del Derecho internacional y las resoluciones de la jurisprudencia internacional. Los procedimientos nacionales de formación y control de la voluntad democrática son demasiado débiles para cubrir la necesidad de legitimación surgida con los efectos retroactivos locales de regulaciones internacionales. La desregulación de los mercados, sobre todo de los mercados financieros globales, limita el margen de intervención de los gobiernos nacionales y les cierra el acceso a los recursos fiscales de sus empresas más prósperas»[11].

c) En definitiva, la existencia misma de toda una serie de problemas y desafíos globales que en modo alguno pueden ser afrontados individualmente por los Estados nacionales: seguridad y terrorismo internacional, criminalidad organizada, cambio climático, dependencia energética, fenómenos migratorios, etc. exige una respuesta única europea a los mismos. Porque sólo una respuesta única (y a escala supranacional) puede ser una respuesta eficaz[12].

En concreto, y como bien expone Bauman, las respuestas a la crisis del Estado Social tienen que ser respuestas europeas: «La globalización del capital y del comercio, la eliminación de las restricciones y obligaciones locales del capital y la resultante extrate-

[11] Habermas, J., «La política de Europa...», *op. cit*., p. 94. Véase también, en parecidos términos, Beck, Ulriche, y Grande, Edgar, *La Europa Cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 2006.

[12] «Con el siglo xxi —escribe A. Mangas— se consolida una nueva era. En esta nueva época, en la era tecnológica la integración europea es tanto más necesaria que en el pasado de la segunda posguerra para hacer frente a los tsunamis de la globalización que unas veces cobran la forma de revolución tecnológica o de grandes Estados superpoblados y en crecimiento fulgurante que desequilibran los mercados de las materias primas, de los productos energéticos, de los alimentos de primera necesidad, que no tienen miramientos a la hora de contaminar y acelerar el cambio climático y otras veces cobran la torna de fenómenos ya familiares como la deslocalización, la inmigración descontrolada, la crisis económica, la competitividad tecnológica o el amenazante fenómeno del terrorismo islamista. Todos estos desafíos continúan haciendo imprescindible la Unión Europea (...) y buscar soluciones o una defensa adecuada frente a los nuevos y viejos problemas debería ser el punto de partida del "relanzamiento" de la integración en la que debieran trabajar de la mano la Comisión, el Parlamento Europeo y los Estados miembros en el seno de las instituciones». Mangas, A., «Un Tratado no tan simple: el realismo mágico del funcionalismo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 30, 2008, p. 347.

rritorialidad de las principales fuerzas económicas han hecho que un "Estado social en un solo país" sea un concepto totalmente contradictorio»[13].

Desde esta perspectiva, la finalidad de la Unión no puede ser otra que alcanzar un nivel de integración capaz de alumbrar una unidad política superior al Estado Nacional y que permita a Europa responder a los desafíos de la globalización.

«El irritado silencio de los gobiernos —escribe Habermas— sobre el futuro de Europa encubre el hondo conflicto de fines, que es el que explica el estado de anquilosamiento de la Unión. Los "señores de los Tratados" son conscientes de que no avanzan ni en la cuestión de las fronteras definitivas de la Unión ni en la cuestión sobre las competencias que deben ser transferidas a la Unión Europea en lo concerniente a las políticas comunes. Los llamados integracionistas, que muestran su preferencia por las políticas comunes y dan primacía a una profundización de la Unión, y los euroescépticos se bloquean mutuamente»[14].

Baste señalar aquí que en este 2024 la atribución a la Unión de la competencia en materia de política exterior, seguridad y defensa resulta fundamental. El Tratado de Lisboa sigue exigiendo la unanimidad en estas decisivas materias.

5. El reparto de competencias en el Tratado de la Unión Europea

El Tratado de Lisboa incluye una clasificación de las competencias de la Unión, la definición y enumeración de cada una de ellas y los principios que informan su delimitación y ejercicio.

El artículo 5 TUE regula los fundamentos del sistema: «La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad». El reparto competencial pivota así sobre tres principios: el principio de atribución como fuente de las competencias de la Unión y los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad como directrices para el ejercicio de aquellas. Con estas bases, el Título I del TFUE define las distintas categorías de competencias existentes y enumera los ámbitos materiales pertenecientes a cada una de ellas. En nuestra opinión, la importancia de la materia hubiera exigido que esta definición se hubiera incluido en el TUE, puesto que el reparto de competencias es un elemento definidor de la Unión.

A pesar de esta lamentable dispersión, lo cierto es que, la elaboración del listado de competencias es un elemento de inspiración claramente federal.

Por lo que se refiere a los fundamentos de las competencias de la Unión, la disposición incluida como último inciso del párrafo primero del artículo 1 TUE dispone que

[13] Bauman, Z., *Europa. Una aventura inacabada,* Losada, Madrid, 2006, p. 119.
[14] Habermas, J., «La política de Europa...», *op. cit.*, p. 84.

son los Estados quienes atribuyen competencias a la Unión para «alcanzar sus objetivos comunes». Y con esta premisa reitera de forma obsesiva que «toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros», lo cual en principio es algo obvio. El Tratado lo repite de forma absolutamente innecesaria en los artículos 4, 5 y 6 TUE. Igualmente, dentro de los Principios Fundamentales sobre las competencias de la UE se subraya que esta actuará «exclusivamente» dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros.

Finalmente, es preciso recordar aquí también la nueva redacción del artículo 4 TUE sobre las relaciones entre la Unión y los Estados miembros que, en sus dos primeros párrafos, ratifica la reorientación estatalista del proyecto europeo, siendo especialmente relevante la adición de un nuevo inciso en el párrafo segundo dedicado a consagrar el principio del respeto de las funciones esenciales del Estado (integridad territorial, orden público y seguridad nacional), apostillando que «en particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro». Precepto que choca con la realidad política e histórica de los estados europeos del siglo XXI. Y ello porque es evidente que ninguno de ellos es capaz de garantizar por sí solo su propia seguridad interior y exterior.

El ejercicio de las competencias atribuidas ha de respetar, en todo caso, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En virtud del primero «en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión». El respeto a este principio exige limitar la acción de la Unión a aquellos supuestos en que pueda demostrarse que posee un valor añadido respeto a la acción nacional. Según el principio de proporcionalidad, «el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados». El Tratado incluye un Protocolo anexo relativo a estos principios, cuya aplicación corresponde a todas las instituciones europeas, y especialmente, el de subsidiariedad a los Parlamentos Nacionales.

En el artículo 2 del TFUE encontramos la categorización y definición de cada una de las competencias existentes: competencias exclusivas (de la Unión), competencias compartidas, y las acciones de apoyo, coordinación o complemento, ejercitadas según el método comunitario[15]:

[15] A la Unión se le atribuye también la competencia para coordinar políticas económicas y de empleo, y para definir y aplicar una política exterior y de seguridad común. Pero se trata de ámbitos que no pertenecen a ninguna de las tres categorías competenciales que examinamos. Son ámbitos regidos por el método intergubernamental, (no comunitario) en el que no hay cesión de competencias nacionales.

a) Las competencias exclusivas se definen como aquellas en las que «sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión».
b) Las competencias compartidas se explican así: «Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya»[16].
c) Con relación a las denominadas competencias «de apoyo, coordinación o complemento», el Tratado advierte que no podrán sustituir la competencia de los Estados miembros y que, en ningún caso, podrán conllevar armonización de las disposiciones nacionales.

El párrafo sexto del artículo 2 TFUE dispone que «el alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de la Parte III relativas a cada ámbito». Con esta previsión se combina el método de la categorización de competencias con su definición flexible en base a objetivos, consiguiéndose preservar las virtudes de ésta. Se compatibiliza así el método federal de atribución de competencias con el funcional de desarrollo de políticas flexibles.

El Tratado recoge el listado de materias que corresponden a cada una de las tres categorías. Según el artículo 3 TFUE son competencias exclusivas de la Unión: la Unión aduanera, la política de competencia relativa al mercado interior, la política monetaria, la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común, la política comercial común, así como la competencia para celebrar acuerdos internacionales en materias de competencia de la Unión o cuando afecten a normas comunes. Por su parte, el artículo 4 TFUE establece como competencias compartidas las siguientes: el mercado interior, la política social, la cohesión económica, social y territorial, la agricultura y la pesca, el medio ambiente, la protección de los consumidores, los transportes, las redes transeuropeas, la energía, el espacio de libertad, seguridad y justicia, los asuntos de seguridad de la salud pública. Como competencias compartidas complementarias —esto es, que la acción comunitaria no impide la nacional— se enuncian a su vez: la investigación y desarrollo, el espacio, la cooperación al desarrollo y la ayuda humanitaria. Finalmente, y según el artículo 6 TFUE la Unión puede desarrollar

[16] El Protocolo sobre el ejercicio de las competencias compartidas, anexo al TUE y al TFUE establece que: «cuando la Unión haya realizado una acción en un área determinada, el ámbito de dicho ejercicio de competencia sólo incluirá los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el área».

acciones de apoyo, coordinación o complemento con relación a la protección y mejora de la salud humana, la industria, la cultura, el turismo, la educación, la juventud, el deporte, la formación profesional, la protección civil y la cooperación administrativa.

Las dos excepciones previstas a la tipología expuesta se encuentran en el artículo 5 TFUE y en el artículo 24 TUE. La primera se refiere a la coordinación de las políticas económicas y de empleo. La segunda es la relativa a la Política Exterior y de Seguridad Común. Se trata de ámbitos en los que las instituciones europeas sólo pueden llevar a cabo una labor de coordinación, mediante un método intergubernamental regido por el principio de unanimidad. No hay aquí cesión de competencias nacionales.

Los más entusiastas defensores del Tratado de Lisboa no han dejado de recordar también que éste incorpora nuevas bases jurídicas competenciales en favor de la Unión. En concreto se destaca, acertadamente, la importancia de las referidas a la solidaridad entre los Estados miembros en el ámbito de la energía y a la lucha contra el cambio climático. Ahora bien, en muchos de los ámbitos cubiertos por estas nuevas bases, la Comunidad ya venía interviniendo con fundamento en la cláusula de flexibilidad prevista en el antiguo artículo 308 TCE. Esta cláusula permite la intervención europea siempre que se considere necesaria en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por estos sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto. El Tratado de Lisboa (art. 352 TFUE) modifica sustancialmente la cláusula de flexibilidad en la medida en que exige que su activación sea aprobada por el Parlamento Europeo, previa comunicación a los Parlamentos Nacionales, y excluyéndose de su radio de acción la armonización legislativa en los ámbitos en que los Tratados descarten tal armonización, así como la consecución de los objetivos de la Política Exterior y de Seguridad Común[17].

El sistema de reparto de competencias brevemente expuesto pone de manifiesto que el establecimiento de una política exterior y de defensa común constituye (junto a la ausencia de un auténtico gobierno económico común) la gran asignatura pendiente de la Unión.

El Tratado de Lisboa establece una confusa multidirigencia europea en materia de relaciones exteriores —Presidencia estable del Consejo, Presidencia Rotatoria, Alto Re-

[17] La cláusula dispone con carácter general que (art. 352 TFUE): «Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por estos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo». Además, la Comisión tiene la obligación de enviar las propuestas a todos y cada uno de los Parlamentos Nacionales en el marco del procedimiento de control de la subsidiariedad. La primera novedad que introduce el Tratado de Lisboa en esta cláusula consiste precisamente en la necesidad de que las propuestas de la Comisión sean aprobadas por el Parlamento Europeo y comunicadas a efectos de su control a los Parlamentos Nacionales. Fácilmente se constata que lo que se pretende es dificultar la activación de los poderes implícitos de la Unión. A mayor abundamiento, la segunda novedad consiste en excluir expresamente la posible aplicación de esta cláusula a la Política Exterior y de Seguridad Común.

presentante, y Presidencia de la Comisión— y un servicio de acción exterior común. (esta policefalia podría corregirse si se designara presidente del Consejo al presidente de la Comisión). Pero lo que no se debe olvidar es que la adopción de decisiones en materia de política exterior sigue sometida al requisito de la unanimidad. A nadie se le oculta que esto conduce inevitablemente a la parálisis. La exigencia de unanimidad impide que la Unión pueda adoptar medidas concretas y eficaces en relación con la política expansionista de Putin —pendientes siempre del posible veto del gobierno húngaro de V. Orbán— o la amenaza que Al Qaeda representa en Mali, a escasos 1.800 kilometros del territorio español.

La ausencia de una verdadera política exterior común explica también que se haya avanzado muy poco en materia de integración militar. La política de defensa sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros. Estos conservan así unas fuerzas armadas independientes cuya existencia misma vinculan a su soberanía nacional. Ahora bien, lo cierto es que bajo la apelación a la soberanía e independencia nacional nos encontramos con la realidad de que los distintos Estados europeos carecen de cualquier posibilidad real de influir de forma determinante en los grandes focos de tensión mundial e incluso, llegado el caso, de garantizar su propia seguridad. La integración militar de Europa supondría que, con un menor gasto, podríamos conseguir unas fuerzas armadas europeas mejor dotadas y más eficaces. Se trata simplemente de aplicar una de las grandes ventajas del federalismo: las economías de escala[18].

6. Reflexión final

La crisis de identidad que sufre Europa tiene su origen en la coexistencia de dos concepciones enfrentadas sobre el proyecto europeo. La primera es la de quienes aspiramos al establecimiento de una auténtica unión política (de naturaleza federal) capaz de hacer frente a los grandes retos del siglo XXI. Esta aspiración se basa en la convicción de que el círculo de tareas que por su naturaleza puede ser realizado en mejor manera por los Estados está hoy muy contraído. El Estado nacional se encuentra ya, inerme, frente a desafíos como el cambio climático, la criminalidad organizada, las crisis sanitarias o el reto de la inmigración. En esos y en otros muchos campos se requiere una respuesta europea. Dicho con otras palabras, el ámbito de decisión política democrática debe trasladarse del plano nacional al plano europeo. Y ello incluye, innecesario es recordarlo, dotar a la Unión de una política exterior y de seguridad común.

[18] El gasto militar conjunto de los Estados europeos supone casi el 50 por ciento del gasto militar de Estados Unidos y sin embargo la capacidad de nuestras Fuerzas Armadas equivale a la décima parte de la norteamericana.

Esta concepción suscita, en algunos Estados miembros y en determinadas formaciones políticas, un rechazo profundo. Los que se oponen a la construcción de una Europa Federal pretenden diluir el proyecto europeo en un mero mercado único. Se presentan como defensores de una soberanía nacional (que es más formal que real), y no sólo se oponen a transferir a la Unión más competencias, sino que expresamente aspiran a la renacionalización de ciertas políticas. Por otro lado, defienden la existencia de políticas exteriores propias e independientes. Dicho con otras palabras, están a favor de una Europa de libre cambio, de una Europa económica, pero se oponen al nacimiento de una Europa política.

El Tratado de Lisboa no resuelve ese conflicto fundamental sobre cuál sea la finalidad de la Unión, y por ello, a nuestro juicio, resulta incorrecto presentarlo como una respuesta adecuada, como una «salida de la crisis» que atraviesa Europa. Dicha salida pasa inexcusablemente por la apertura de un auténtico proceso constituyente europeo.

Corresponde al Parlamento Europeo —a través de un amplio acuerdo entre las grandes familias ideológicas (socialdemócrata, liberal y democristiana) que renueve el formalizado hace casi setenta y cinco años— la activación de ese proceso.

El examen de los problemas que esta propuesta comporta desborda las pretensiones de esta contribución al merecido homenaje a la profesora Biglino. Pero no quiero eludirlo por completo. Baste, en todo caso, con advertir que, en última instancia, todos se reducen a lo siguiente: el rechazo de los Estados a perder su soberanía. Y ese rechazo se basa en una falacia. Nadie puede perder lo que no tiene. Los Estados europeos dejaron de ser materialmente soberanos hace mucho tiempo.

El ejemplo antes citado de la renuncia a la soberanía monetaria, que podría ser confirmado por otros muchos, nos pone claramente de manifiesto que, en el contexto de la mundialización, el proceso de integración europea lejos de debilitar a los Estados, los fortalece El establecimiento de una Constitución europea supondría para aquellos la renuncia a una soberanía que, en el contexto de la mundialización, resulta casi meramente formal, a cambio de su integración en una Federación Europea configurada como un Estado soberano europeo, digno de ese nombre.

En definitiva, la constitucionalización de Europa como respuesta a la crisis del Estado nacional es una ineludible necesidad histórica. Y si Europa no responde, si continúa perdiendo el tiempo en debates estériles, enredada en egoísmos nacionales, no sólo quedará inexorablemente relegada a la condición de un actor irrelevante por inexistente en el mundo del siglo XXI, sino que también verá amenazados sus niveles actuales de bienestar y prosperidad al no poder hacer frente con éxito a los desafíos de la mundialización.

CAPÍTULO 36

EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿A QUÉ «CARTA» QUEDARSE?

Antonio López Castillo
(Universidad Autónoma de Madrid)
Catedrático de Derecho Constitucional

1. De los presupuestos doctrinales de partida...

Como órganos decisorios, llamados a la aplicación efectiva y prevalente del DUE, los jueces y Tribunales constitucionales quedan sujetos a la interpretación sentada por el TJUE. Pues, como es bien notorio, cuando se trate de dilucidar en última instancia el significado de las previsiones del DUE, su sentido (porque no esté claro) y su alcance (porque no se haya aclarado), los «órganos jurisdiccionales» competentes y, por tanto, también, los jueces y Tribunales constitucionales estarían llamados a interactuar, v. gr. «dialogar», formulando cuestiones prejudiciales —de modo inexcusable, en particular, cuando esté en duda su validez—, sin necesidad de mediación de autoridad nacional alguna y mediante un uso de la normativa aplicable, sustantiva y procesal, que no contravenga los condicionantes de efectividad y equivalencia que, como al conjunto de los poderes públicos, asimismo les constriñe.

Así se viene reiterando en la jurisprudencia del TJUE; se tratase de superar la incidencia en la primacía del DUE de un sistema de control constitucional de normas, en un contexto institucional de vigente remanencia de un tradicional dualismo (STJUE, Simmenthal 11, 1978) o se trate de eludir el cuestionamiento de la conformidad ius europea de normas nacionales con rango de ley que previamente un TC haya podido considerar constitucionalmente conformes[1].

Y en ese sentido debería tratar de avanzar nuestro Tribunal Constitucional, a la altura de 2024, transcurrido ya un tracto de diez años desde el sonado desencuentro prejudicial Melloni. Pero, antes de preguntarse por lo que, a partir de ahora, pueda o no hacer el TC (teniendo a la vista algunos botones de muestra), en su condición de pecu-

[1] Cf., a propósito, STJUE de 22 de febrero de 2022, as. C-430/21, RS, párr. 93 (= fallo, 1.).

liar garante del DUE, al hilo del desempeño de su específica jurisdicción constitucional, conviene retener lo esencial de lo que hasta ahora, antes y después de ese frustrado (y frustrante) conato dialógico con el TJUE, ha venido haciendo el TC.

Pues bien, desde sus primeros pronunciamientos, relativos a la pretendida incidencia del derecho comunitario en el parámetro constitucional de enjuiciamiento de la ley o al determinar los estándares ius fundamentales operativos al efecto de la prestación de tutela de derechos en la vía constitucional de amparo, en la jurisprudencia del TC se ha sostenido una neta divisoria ordinamental, modulada, en su caso, mediante el auxilio metodológico de una interpretación de conformidad, expresiva en general de la sujeción a los compromisos ius internacionales contraídos (cf. art. 96 CE) y, cuando se ha tratado de la integración de títulos ius fundamentales constitucionalmente reconocidos, conforme a los correspondientes tratados internacionales declarativos de derechos que vinculen a España, al amparo siempre del artículo 10.2 CE.

Sustentado en ese enfoque interpretativo, el TC ha dado muestras de evolución, avanzando modulaciones no siempre consecuentes, cuando no disonantes o incongruentes, con el mismo, al interpretar el sentido y alcance del artículo 93 CE, con ocasión del efectivo desempeño de su específica función constitucional, sea como garante, sea como inmediato aplicador, del DUE.

Así, por ejemplo, con ocasión de su control previo de constitucionalidad del no nato «tratado constitucional» de la UE, mediante DTC 1/2004, de 13 de diciembre.

Ahondando allí en el reconocimiento de la controvertida suficiencia del artículo 93 CE, un fundamento constitucional que, aunque el TC no lo mencionase, era sabido que se había aplicado (no solo) al hilo del proceso de integración europea. E insistiendo, por lo demás, en el empleo del artículo 10.2 CE, como la vía indicada al efecto de asumir el DUE, siempre que de la integración de contenidos ius fundamentales se tratase.

En cuanto al fundamento constitucional de la integración, al reconocer una vertiente material al artículo 93 CE, acaso sin advertirlo, pareció incurrir el TC en un deslizamiento hermenéutico mediante una operación de lectura relacional integrativa de contenidos implícitos de (restricta) proyección al complejo tracto de relación inter ordinamental; gestando así una caracterización refleja (especular del no nato TcUE), pretendidamente intercambiable con la similar resultante de un diferenciado marco constitucional tercero, v. gr. alemán, que si bien traía causa allí de un previo desarrollo jurisprudencial, ya desde la reforma constitucional de 1992, se venía sustentando en la propia Constitución nacional y más concretamente en la denominada «cláusula Europa», el reformulado artículo 23.1 LFB.

Pero en aquella misma Declaración 1/2004 el TC sostuvo algo más, en línea con su previa jurisprudencia ius europea, a propósito de la instrumentalidad ius europea del artículo 10.2 CE; sobre su acreditado rendimiento como cláusula hermenéutica estructural (que, si no es explícita, implícitamente, se invoca también en otros ordenamientos,

como el alemán, por ejemplo) al efecto de integrar contenidos ius fundamentales constitucionalmente declarados a la luz de disposiciones y normas ius internacionales vinculantes para España[2]. En efecto, al examinar el potencial encaje constitucional de previsiones de la Carta de DDFF de la UE, tales como el vigente artículo 53[3], sostuvo que, *ex* artículo 10.2 CE, ninguna duda insuperable le deparaba el tenor de una previsión que, sobre el mínimo común denominador, de ordinario, resultante del CEDH, como cláusula de mejor estándar nacional, permitiría dejar a salvo un margen de discrecionalidad para el desempeño de su propia jurisdicción de tutela de derechos fundamentales.

Sin entrar aquí en el detalle puesto de manifiesto en alguna otra contribución reciente[4], es preciso recordar que en torno a la controvertida cuestión prejudicial Melloni late una compleja problemática, mal planteada y peor resuelta, por parte del TC español que, ante la decepcionante interpretación sentada por el TJUE, más allá de la intensa división colegial a propósito de su grado de obligatoriedad que se pone de manifiesto al contrastar la posición de la mayoría y las suscritas en sendos votos particulares por tres de sus integrantes, no supo volver a la justificada preocupación acerca del estándar del único modo posible, si no se había de cuestionar el sistema, mediante un razonado replanteamiento de la cuestión.

Que las garantías del debido proceso hacen parte de la identidad constitucional es cosa que puede sostenerse o bien al margen de ese indicado cauce dialógico, tal como hizo, de seguida, la Sala Segunda del TCF de Alemania, mediante sentencia de 15 de diciembre de 2015, Euro orden II, o bien, mediante una (re)formulación, sustentada en sólidas razones, no aducidas o no bien formuladas de inicio, dejando claro que no se pretendía cuestionar la jurisdicción privativa del TJUE, ni tampoco la salvaguarda de estándares unilaterales (como de las preguntas del ATC 86/2011, pareciera colegirse); que de lo que se trata(ba) era de contribuir a la mejor configuración posible de los comunes estándares de la Carta de DDFF de la UE.

Y al efecto, el TC bien pudo haber tratado de exponer su crítica a una operación hermenéutica consistente en la mera acomodación de las cláusulas de garantía ius fundamental de la Carta concernidas (artículos 47 y 48), antes que mediante oferta de su previa interpretación del artículo 53 de la Carta (aquella que se adelantara ya en la DTC 1/2004), mediante una invocación en serio de la cláusula de identidad constitucional.

---

[2] Desde sus primeras invocaciones (cf. STC 21/1981) hasta las más recientes (y controvertidas), como la STC 61/2024, de 9 de abril, cf. VP.

[3] Cfr. Azpitarte Sánchez, Miguel, «Artículo 53». En López Castillo, Antonio (dir.), *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

[4] Cfr., entre otras, «De la cala Melloni al melón por abrir de la relación dialógica con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea». En VV.AA., *Libro homenaje a Javier Jiménez Campo*, en prensa; «Constitutional identity by excess (GFCC) and by default (SpCC). Pending dialogues with the CJEU». En Rodomonte, G., y Durst, L. (eds.), *Judicial review, fundamental rights and rule of law*, en prensa.

A la relativa inseguridad resultante de una previa trayectoria, pretendidamente consonante con la andadura ius europea de otros Tribunales constitucionales (BVerfG, CC) de referencia, se sumaría en Melloni un notorio malestar, por la desatención del bosquejo interpretativo propuesto y, sobre eso, por la integración de un estándar inédito de la Carta mediante su interpretación de conformidad con el derecho derivado. Y, por lo demás, en manifiesto contraste con lo que venía siendo el caso al interpretar la correspondiente cláusula del artículo 24 CE, no tanto al alza (como resultaba de su integración a la vista de la LECrim), cuanto a la baja (según el tenor, descontextualizado resultante de la —entonces— reciente modificación de la normativa europea aplicable).

Desde entonces, ese malestar ha seguido estando latente. Y si bien no ha impedido que el TC se mostrase dispuesto a extraer un cierto rendimiento ius europeo, como garante del cumplimiento del derecho de la UE[5], con ocasión del desempeño de su jurisdicción de tutela de derechos fundamentales, en amparo[6], aún no ha llegado al extremo (alcanzado, en cambio, bien que, a su respectivo modo, por otros Tribunales constitucionales de referencia, como el BVerfG o la Corte Costituzionale, por ejemplo) de erigirse a sí mismo en garante del cumplimiento del DUE, mediante la reasunción de su responsabilidad, como partícipe activo, en la comunidad dialógica con el TJUE, de la que ya otros participan regularmente, sea por el debido conducto prejudicial (así, por ejemplo, la CC), sea de modo impropio, como atentos aplicadores de los estándares comunes (así, por ejemplo, el BVerfG).

2. ...a la (defectiva) praxis del Tribunal Constitucional

En el tracto que va de Melloni a la actualidad, el TC se ha sentido llamado a sentar criterios sistemáticos, a propósito del desempeño de su jurisdicción constitucional de tutela de derechos y garantías fundamentales, en amparo. Modulando así su respuesta, en atención al grado de observancia por parte de los órganos jurisdiccionales de su confluente condición de jueces de difusa constitucionalidad y mediata ius europeidad. Y, de otra parte, se ha de recordar que, no sin zigzagueos, en estos últimos años, el TC viene mostrando su preferencia por abordar los supuestos de potencial confluencia de cuestiones prejudiciales y de inconstitucionalidad, es decir, cuestiones de potencial doble prejudicialidad, mediante una directriz de prelación del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, dejando entonces pendiente su intervención, como exclusivo juez de lo inconstitucional, a la eventualidad de una sucesiva cuestión de inconstitucionalidad, una vez aclarado el encaje o desencaje ius europeo de una norma. En la idea de que,

[5] Cfr., por otras, STC 31/2019; y, asimismo, SSTC 152/2021, de 13 de septiembre, 27/2024, de febrero, o 54/2024, de 8 de abril, entre otras.

[6] Cfr., STC 37/2019, de 26 de marzo.

cuando no se haya procedido así, presumiendo no aclarada la conformidad ius europea de la ley, en el trámite de admisión de la CI el TC tendría por no acreditado que se trate de una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependiera el fallo, tal y como, exige el artículo 35.1 LOTC. Pues bien, al establecer una prelación tal de modo sistemático, y no solo en determinados supuestos, lo que realmente hace el TC es cubrir de una aparente deferencia lo que no es sino una dudosa decisión táctica, sustentada en una opinable lectura del artículo 35.1 de la LOTC, que mira con gafas desenfocadas a su objetivo de salvaguarda de una diferenciada función constitucional, y de reafirmación de una singular posición institucional.

2.1. Mirando a la Corte Costituzionale de Italia

Por ello, si a modo de contraste, se mirase a lo que respecto a supuestos de doble prejudicialidad viene haciendo la Corte Costituzionale en Italia, quizás pudiera alcanzarse alguna conclusión provechosa, en Domenico Scarlatti. Tanto más, si se advierten sus bases doctrinales de partida, un enfatizado dualismo (puesto en cuestión en la jurisprudencia del TJUE, sentada al hilo de la configuración «contra italiana» del principio de primacía, en resoluciones como Costa/ENEL y Simmenthal II) y un erosionado fundamento constitucional genérico, el artículo 11 de la Constitución italiana, destinado a posibilitar la inserción del país que salía (entonces) de la segunda guerra mundial en el incipiente sistema de naciones unidas.

En el curso del proceso de integración, primero, al hilo de su jurisprudencia configuradora de límites constitucionales últimos oponibles a la potencial incidencia del derecho comunitario (Frontini, Granital, etc.), y, previa reforma constitucional, después, en virtud de una decantación extensiva del parámetro integrativo de la restricta cláusula de apertura, inserta en el artículo 117 de la Constitución, la Corte Costituzionale ha tratado de resituarse en el centro de un sistema de control de inaplicación de la ley que, al paso de los años, se había visto alterado.

A ese propósito, la CC ha operado, en lo sustancial, de un doble modo.

Tratando de salvaguardar su última palabra interna en lo atinente a principios y derechos fundamentales (algo particularmente sentido por la CC, considerando la inexistencia en Italia de una específica vía procesal constitucional de amparo de derechos fundamentales) y proyectando el DUE al reducto constitucional abierto por el artículo 117 Constitución italiana, de modo que el parámetro de control de la constitucionalidad de la legislación regional se enriquezca con el aporte del derecho de la Unión que, por razón de la materia, resulte ser aplicable (y en ello late una especie de variante de control de constitucionalidad federal del derecho regional, que, si bien no se puede confundir con la modalidad suiza de control del derecho cantonal,

alguna similitud guarda). Y en ese sentido, se viene pronunciando la CC, desde 1995, hasta hoy[7].

Y, de otra parte, a propósito de supuestos atinentes a la posible vulneración de principios o/y derechos fundamentales, la CC viene modulando la inmediatez demandada por la fórmula Simmenthal II, en el sentido de imponer la consulta por parte de los órganos jurisdiccionales, en la vía del control de constitucionalidad de la ley, a falta de una vía procesal constitucional de tutela o amparo de derechos fundamentales.

Esa exigencia de puntual intervención de la CC, en la medida en que incide en supuestos de potencial inaplicación de la ley por contravención del DUE tiene que acompañarse de dos acotaciones. La una, es que no opera en los supuestos ordinarios de inaplicación judicial inmediata, o mediata, previa suspensión y planteamiento de la correspondiente consulta al TJUE, en vía prejudicial. Y, la otra, es que si interviene la CC, porque se trate de una de esas cuestiones de principio, teniendo presente la doctrina sentada por el TJUE acerca de la cuestión prejudicial, nada obsta al planteamiento por su parte de cuestiones de prejudicialidad. Algo que la CC viene haciendo, a falta de interpretación sentada por el TJUE o de una claridad incontestable, siempre que se trate de la configuración de estándares ius fundamentales comunes que pase por la interpretación del sentido y alcance de derechos y libertades, o aun principios, de la Carta de DDFF de la Unión.

En supuestos de este tipo, operando como la jurisdicción constitucional que es, la CC de Italia no se empeña en sostener la excluyente aplicación de unos estándares propios, sino que, sin necesidad de acudir o acudiendo al diálogo[8], se muestra dispuesta a aplicar el DUE en su condición de intérprete y garante de la Constitución nacional, contribuya o no a su configuración en relación con un determinado asunto, haciendo suyos los estándares comunes, sentados autorizadamente, por el TJUE.

Un intérprete último del DUE que, mediante intercambio de razonamientos con interlocutores tan responsables como la CC, alcanzaría a reconsiderar y modular su propio criterio, no siempre bien formado, al extremo de aprehender matices que sirven a la mejor configuración de los comunes estándares del DUE, en general, y, en particular, de la Carta de DDFF de la UE[9].

---

[7] Así es, en efecto, desde 1995 al primer semestre en curso de 2024 (cf. Sentenza 69-2024, de 20 de marzo de 2024, por la que se declara la «ilegitimidad constitucional del artículo 3 de la ley de la Región de Puglia» de 15 de junio de 2023, relativa a «intervenciones en materia sanitaria»; cf. asimismo, SCC 15/2024, de 23 de noviembre de 2023).

[8] Cfr. Ordinanza 29/2024, de 24 de junio, a propósito del sentido y alcance del artículo 34.1 y 2, de la Carta de DDFF de la UE, en relación con la potencial aplicación a extranjeros titulares de un permiso único del sistema de pensiones obligatorias y complementarias.

[9] Exponente particularmente indicado de esto puede considerarse el intercambio de criterios fundados acerca de las exigencias ius fundamentales debidas en un asunto relativo a la obtención de información, potencialmente auto incriminatoria, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador (cf. STJUE, de 2 de febrero de 2021, as. C-481/19, Consob).

2.2. Mirando al Tribunal constitucional federal alemán (BVerfG)

Si se mirase, en cambio, a la andadura reciente del TCFA como juez garante, como el propio TC, de los estándares ius fundamentales, mediante vías procesales indicadas al efecto, así en particular mediante la llamada queja de inconstitucionalidad (verfassungsbeschwerde), entonces podrían sumarse algunos otros motivos para la reflexión acerca del rol ius europeo del TC que sigue estando pendiente, en su sede de Domenico Scarlatti.

En síntesis, cabe recordar que, sobre la secuencia de la doctrina Solange (1974, 1986 y 2000), y no sin inconsecuencias, como la resultante de haberse afirmado el estándar nacional frente a todo tipo de actuaciones de los poderes públicos, quedasen encuadradas o no en el derecho comunitario (Maastricht, 1993, contra el previo criterio Eurocontrol, 1981), al tiempo que la Sala 2.ª del TCFA seguía avanzando en la configuración de una trama de controles potencialmente oponibles a la aplicación en Alemania del DUE, se tratase de pretendidos excesos competenciales por parte de la UE[10] o de contenidos basilares ligados o expresivos de la identidad constitucional[11], la Sala 1ª ha emprendido un camino de modulada alternativa.

La Sala 1.ª del TCFA, haciendo suya la basilar divisoria del TJUE entre supuestos parcial o plenamente predeterminados por el DUE, sustentada desde la presentación en sociedad del tándem Akerberg-Melloni, ha resuelto volver al centro de la decisión en materia de tutela de derechos fundamentales, en virtud de una especie de réplica de esa jurisprudencia del TJUE, mediante sendas sentencias de 6 de noviembre de 2019, Derecho al olvido I y Derecho al olvido II[12].

Si al pronunciarse en el pasado acerca de la tutela de derechos fundamentales, en amparo, el TC pudo tener presente la ya referida secuencia Solange del TCFA (y, de otro modo, también la doctrina de los contra límites de la CC), no sería tan extraño que, a la vista de esos avances jurisprudenciales del TCFA (como, de otro modo, de la CCIt), el TC tratase de avanzar en el ajuste de sus estándares de tutela de DDFF en relación con asuntos ligados, parcial o plenamente al DUE, al estado de la cuestión que resulta de la plena vigencia, y efectiva operatividad, de la Carta de DDFF de la UE, como fuente de configuración de los estándares comunes.

Si se examina con cuidado la jurisprudencia exponente de su praxis de tutela de DDFF, entonces se advierte sin mayor dificultad que, sobre los atisbos de una consideración interna, sus énfasis tradicionales en la persistencia de la divisoria ordinamental,

[10] Cfr. Sentencia TCFA, Sala 2.ª (presidencia Vosskuhle), de 5 de mayo de 2020.

[11] Cfr. Sentencia TCFA, Sala 2.ª (presidencia Vosskuhle), de 15 de diciembre de 2015, Euroorden II; sentencia TCFA, Sala 2.ª (presidencia König), de 1 de diciembre de 2020, Euroorden III (en esta línea, sigue la Sala dictando sentencias, desde entonces).

[12] A propósito, en contexto, Arzoz Santisteban, X., *Transformaciones judiciales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.

pese a sus esfuerzos por contribuir a la depuración de malas prácticas jurisdiccionales, sancionándolas, en amparo, como lesiones de derechos o garantías fundamentales, en su insustituible papel de intérprete y aplicador constitucional del DUE, el TC no ha pasado de la puerta de entrada[13].

Que, en buena medida, ello responda a la decepción sufrida por la frustrada tentativa dialógica Melloni, no es cosa dudosa. Ahora bien, que, a la altura de 2024, el TC sigue sin saber a qué Carta quedarse, no se explica solo por eso. Hay, en mi opinión, razones de fondo doctrinal que acaso permitan entender mejor esta (desde fuera) incomprensible situación de apartamiento voluntario de la suprema comunidad de los intérpretes de la Carta de DDFF de la UE.

3. Y, a modo de conclusión, entonces, ¿a qué Carta quedarse?

Esa pregunta podría formularse planteando la alternativa de quedarse a la Constitución o a la Carta de DDFF de la UE. Pero, ese planteamiento está lejos de acomodarse al estado de la cuestión y por lo que a la vigencia de la carta de DDFF de la UE se refiere, tal es el caso, al menos, desde 1 de diciembre de 2009.

Transcurridos ya casi quince años, desde entonces, ni las dudas previas acerca de su operatividad, ni los planteamientos doctrinales propios, sustentados en la centralidad hermenéutica del artículo 10.2 CE cuando de la tutela de DDFF se trate, resultan ya sostenibles, como bien se comprende a la vista de la jurisprudencia no ya solo del TJUE, sino también de algunos otros TTCC de referencia, como los ya referidos.

De la jurisprudencia del TJUE aplicativa de la Carta no es preciso decir nada en esta ocasión[14]. Acerca de la remanente centralidad hermenéutica del artículo 10.2 CE, a propósito de la integración de contenidos constitucionales, a la luz de la Carta, se impone, en cambio, una seria reflexión, de la que apenas se dejará expuesto aquí algún comentario rayano en la obviedad. Dejando el detalle de la argumentación para otra ocasión, por venir.

En la jurisprudencia del TC se advierte una primera cita (al art. 8 de) la Carta de DDFF de la UE, al amparo del artículo 10.2 CE, en el FJ 8 de la STC 292/2000; en un momento, no ya temprano, sino prematuro, puesto que entonces aun no se había llegado a proclamar solemnemente como un documento político de referencia, algo que no ocurriría hasta el mes de diciembre de aquel mismo año.

---

[13] Cfr., por otras, STC 89/2022, de 19 de junio, y VP discrepante, como tantas otras veces, a modo de ponencia alternativa (cfr., en atinada perspectiva crítica, Cruz Villalón, P., «De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto». En Fromage, D. (ed.), *Jacques Ziller, a European Scholar*, EUI, Florencia, 2022, 2022).

[14] A propósito, in extenso, sistemáticamente, cf. López Castillo, A. (dir.), *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Esa conexidad entre la aplicación de la Carta y el artículo 10.2 CE como su vehículo hermenéutico de entrada a los estándares constitucionales, se vería confirmada mediante la singular previsión de un (hasta entonces, inédito) artículo segundo del acto de autorización parlamentaria de la reforma (entonces, se trataba de la reforma de Lisboa, conducente al vigente derecho primario) de la UE. Aquella peculiar previsión normativa venía a referirse a un documento solemne, la Carta, que, hasta la entrada en vigor de la reforma de Lisboa, en virtud de la cláusula de remisión inversa del artículo 6.1 TUE, no podría considerarse derecho vigente, por lo que, de no haberse llegado a producir la entrada en vigor de los Tratados reformados (tal y como sucediera el día 1 de diciembre de 2009), en virtud de esa previsión en la LO 1/2008, la Carta hubiese fungido como uno de esos textos ius internacionales de referencia a los que, con independencia del status de la Carta en otros Estados miembros, España se consideraría vinculada.

Pero, lo cierto es que, desde el momento en que la Carta quedó, efectivamente, integrada en el Derecho primario, con el mismo valor, tal y como se dispone en el ya mencionado artículo 6.1 TUE, lo que dice el artículo 2 de la referida LO 1/2008, no puede llevar a la confusión de que, el vehículo de entrada de los estándares de la Carta al efecto de contribuir a configurar los estándares constitucionales no puede confundirse con otros referentes ius internacionales, por más que, en la práctica, en virtud de unas u otras interpretaciones de conformidad, sus efectos sean difícilmente diferenciables.

Que la Carta de DDFF de la UE, interpretada de modo autorizado, sea en exclusiva por el TJUE, sea en cooperativa relación dialógica del TJUE y sendos «órganos judiciales» cuestionadores, lo que como es notorio incluye a Tribunales Constitucionales, puede llegar a desbordar los efectos propios ligados a una interpretación de conformidad es cosa no menos notoria. Y, en consecuencia, ningún sentido se advierte a la persistente elusión de esta «nueva» realidad en Domenico Scarlatti.

Que el TC ha de quedarse a la Carta (de DDFF de la UE), supone una modulación no tanto de la praxis aplicativa del DUE, como del soporte doctrinal de esa emergente realidad. Que, en la medida en que ello se asuma, con la naturalidad que resulta de que efectivamente así viene siendo el caso en la jurisprudencia de otros TTCC de referencia, como la CC o el TCFA, lejos de redundar en daño para la Constitución o la específica jurisdicción constitucional, puede brindar la ocasión de volver sobre la interpretación de la suficiencia de su fundamento constitucional de apertura a la integración coadyuvando al reforzamiento de la debilitada posición institucional y deficiente desempeño funcional del TC[15].

[15] En estas páginas se avanzan planteamientos en curso, en el marco del proyecto de investigación EVOLTC PDI2021-124370NB-100.

CAPÍTULO 37
ESTADO DE DERECHO Y CONDICIONALIDAD DE FONDOS EUROPEOS

Alberto Macho Carro
(Universidad de Valladolid)
Prof. Ayud. Doctor Derecho Constitucional

1. Introducción

En los últimos años de su dilatada y ejemplar carrera académica, la profesora Paloma Biglino ha centrado su atención, entre otras cuestiones, en el retroceso que ha experimentado el Estado de Derecho en algunos países miembros de la Unión Europea. Sus trabajos en este ámbito hacen gala de su proverbial lucidez, claridad y honestidad intelectual para explicar como pocos la reacción de la Unión y, sobre todo, del Tribunal de Justicia, frente a los embates que ha sufrido la independencia judicial en Hungría y Polonia[1].

La lectura de estos trabajos deja, por desgracia, un regusto amargo, pues muestran las costuras de una Unión no del todo bien equipada para hacer frente a estos desafíos. Por un lado, porque, aunque los procedimientos del artículo 7 TUE se activaran en relación con ambos Estados[2], las amplias mayorías exigidas por este precepto han puesto de

[1] Biglino Campos, Paloma, «Los retos a la independencia judicial». En Aragón Reyes, Manuel; Valdés, Diego, y Tudela aranda, José (coords.), *Derecho Constitucional del siglo xxi: desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023; «Garantizar la independencia judicial de los juces nacionales, una estrategia de la Unión para frenar el avance del populismo». En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España: XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023; «La Unión Europea contra el retroceso democrático en los estados miembros: de la democracia al estado de derecho, del estado de derecho a la independencia de las jurisdicciones nacionales». En Pérez Sánchez, Guillermo (dir.), y Miranda Escola, Belén, y Vidal Fernández, Begoña (coords.), *La Unión Europea al cumplirse los 70 años de la declaración Schuman (1950-2020)*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2020; «En el corazón de Europa: la independencia del poder judicial», *Grand place: pensamiento y cultura,* 10, 2018.

[2] Es importante destacar que, el 29 de mayo de 2024, la Comisión Europea decidió finalizar el procedimiento del artículo 7.1 TUE en relación con Polonia, al considerar que ya no existe un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho en el país. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_24_2986

manifiesto su escasa operatividad. Por otro, porque, pese a que el Tribunal de Justicia ha terminado por desarrollar una importante jurisprudencia en la materia, ha tenido que hacer auténticas piruetas argumentativas para «establecer un nexo de conexión entre las reglas nacionales que inciden en la independencia judicial y el ordenamiento europeo»[3]. Para ello, ha tenido que valerse del parco contenido del artículo 19 TUE, ya que la independencia judicial vinculada al derecho a la tutela judicial del artículo 47 CDFUE sólo puede invocarse cuando se haya producido la vulneración de otros derechos y libertades consagrados por el Derecho de la Unión, por mor del artículo 51 CDFUE. Pero es que, además, ni siquiera las lapidarias decisiones del Tribunal de Luxemburgo en esta materia parecen haber promovido grandes cambios en los Estados infractores.

En los últimos tiempos, sin embargo, sí se han producido avances destacados que, aunque propiciados también por los cambios de gobierno nacionales[4], están asimismo vinculados a la implementación de una técnica jurídica que la profesora Biglino menciona en sus últimos trabajos: el condicionamiento de los fondos europeos al cumplimiento de determinados estándares en materia de Estado de Derecho, incluida la independencia judicial.

La condicionalidad de los fondos europeos no es en sí misma una novedad, pues se ha utilizado desde hace décadas tanto en las relaciones exteriores como en el seno de la Unión Europea[5]. Sin embargo, su vinculación a la salvaguardia del Estado de Derecho sí que lo es, habiéndose introducido de cara al último ciclo presupuestario.

El propósito de este breve estudio es glosar los diversos mecanismos comunitarios desarrollados al efecto, así como tratar de discernir sus distintos ámbitos de aplicación y posibles solapamientos; pues, como se verá, el famoso Reglamento de condicionalidad presupuestaria está lejos de ser el único —e incluso el más potente— instrumento a disposición de las instituciones comunitarias para lograr un mayor respeto al Estado de Derecho.

2. Los mecanismos a disposición de la UE para condicionar la entrega de fondos al respeto del Estado de Derecho

Las negociaciones en el marco del Consejo Europeo que antecedieron la puesta en marcha normativa del último ciclo presupuestario en la Unión Europea estuvieron pro-

[3] Biglino Campos, Paloma, «Los retos a la independencia judicial», *op. cit.*, p. 380.

[4] Tras las elecciones parlamentarias en Polonia del 15 de octubre del 2023, el partido nacional-conservador Ley y Justicia (PiS, por sus siglas en polaco), fue incapaz de revalidar el gobierno, que ocupaba desde 2015, y este recayó en manos de una coalición tripartita encabezada por Donald Tusk, Expresidente del Consejo Europeo y líder de los liberales polacos.

[5] Kölling, Mario, «The role of (rule of law) conditionality in MFF 2021-2027 and Next Generation EU, or the stressed budget», *Journal of Contemporary European Studies,* 2022.

fundamente marcadas por dos circunstancias interrelacionadas. En primer lugar, por la necesidad de articular una respuesta financiera a la crisis de la Covid-19, que cristalizaría en el mecanismo de recuperación *Next Generation EU*[6]. En segundo lugar, por la pretensión de reaccionar frente a los retrocesos del Estado de Derecho en ciertos países miembros para tratar de encauzarlos, pero también para proteger los recursos económicos de la Unión ante posibles usos inadecuados en los mismos.

Esta coyuntura propició que una nueva condicionalidad sobre el Estado de Derecho impregnara todo el Marco Financiero Plurianual (MFP) 2021-2027 y el Mecanismo europeo de Recuperación, cuya dotación opera al margen del presupuesto de la UE. Su fruto más visible sería el reglamento 2020/2092, de 16 de diciembre, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. Sin embargo, también los reglamentos que disciplinan el Mecanismo de Recuperación y los fondos estructurales y de inversión introdujeron después sus propios sistemas de condicionalidad. Veamos en qué consiste cada uno de ellos y cómo se han utilizado hasta ahora.

2.1. El reglamento de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión

El Reglamento de condicionalidad[7] es un mecanismo diseñado para proteger el presupuesto de la Unión Europea frente a las vulneraciones del Estado de Derecho en los Estados miembros. En este sentido, constituye una de las normas financieras adoptadas por el procedimiento legislativo ordinario por las que se determinan las modalidades de establecimiento y ejecución del presupuesto [art. 322.1.a) TFUE], y no un instrumento pensado para sancionar retrocesos del Estado de Derecho.

Esta última observación es trascendental, pues la naturaleza del mecanismo ha sido el aspecto más controvertido del mismo desde su propuesta por parte de la Comisión en 2018. Como muy bien explica De Gregorio Merino[8], en un primer momento se puso en duda, tanto desde una perspectiva política, encabeza por los Estados que más temían su eventual aplicación, como por motivos estrictamente jurídicos, que la propuesta de Reglamento pretendiera erigirse en un instrumento para sortear la complejidad del ar-

[6] Sobre los pormenores de la negociación de este mecanismo, *vid*. Macho Carro, Alberto, «La intervención de la UE frente a las consecuencias económicas de la pandemia de la covid-19 y su articulación jurídica». En Biglino Campos, Paloma, y Durán Alba, Juan (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

[7] 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.

[8] De Gregorio Merino, Alberto, «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 71, 2022.

tículo 7 TUE. Esto propició que, tras unas intensas negociaciones en el seno del Consejo Europeo[9], el Consejo introdujera toda una serie de modificaciones que terminaron por anclar firme y definitivamente este mecanismo a la base jurídica proporcionada por el artículo 322.1.a) TFUE. Algo que, más tarde, quedaría reafirmado en la respuesta del TJUE a los recursos de anulación interpuestos frente al texto por los gobiernos de Hungría y Polonia[10].

El Reglamento de condicionalidad permite suspender, e incluso cancelar, pagos y compromisos de la UE a los Estados miembros (art. 5), sí; pero, para ello, no es suficiente con que se produzca alguna vulneración de los principios del Estado de Derecho (art. 3), sino que es imprescindible que esta afecte o amenace «con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión *de un modo suficientemente directo*» (art. 4). Esta es la clave de bóveda de todo el mecanismo.

De este modo, para que la Comisión Europea pueda proponer las medidas que el Reglamento pone a su disposición para proteger el presupuesto comunitario —y que en todo caso deberán ser proporcionadas, «a la luz de las repercusiones reales o potenciales que tenga la vulneración de los principios del Estado de Derecho en la correcta gestión financiera del presupuesto de la Unión o en los intereses financieros de la Unión» (art. 5.3)—, es preciso que constate, con base en elementos objetivos, que se ha producido esa grave afectación y que esta es consecuencia directa de la vulneración del Estado de Derecho detectada. En otras palabras, se traslada sobre el ejecutivo comunitario la carga de la prueba, para lo que deberá servirse de toda la «información pertinente procedente de fuentes disponibles, incluidas decisiones, conclusiones y recomendaciones de las instituciones de la Unión, otras organizaciones internacionales pertinentes y otras instituciones reconocidas» (art. 6.3). Además, por supuesto, de la información aportada por el propio Estado concernido tras haberle notificado la incoación del procedimiento.

A todo esto hay que sumar que estamos ante un instrumento de naturaleza subsidiaria, ya que no podrá recurrirse a él si otros procedimientos permiten proteger el presupuesto de la Unión de una manera más eficaz (art. 6.1).

Finalmente, a la vista de la propuesta de la Comisión, será el Consejo quien, en el plazo de un mes, tendrá la última palabra sobre las medidas a adoptar, pudiendo, por mayoría cualificada, alterar la propuesta de la Comisión (art. 6.10 y 6.11). Unas medidas que deberán modificarse o levantarse cuando la Comisión considere que han cambiado o que han dejado de cumplirse las condiciones que dieron lugar a su aplicación, lo que refuerza aún más la naturaleza del Reglamento como mecanismo de protección del presupuesto; pues «tal levantamiento o adaptación procede cuando el daño al pre-

[9] Conclusiones del Consejo Europeo del 10 y 11 de diciembre de 2020, EUCO 22/20.

[10] SSTJUE, de 16 de febrero de 2022, *Hungría/Parlamento y Consejo*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:977; y *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2021:978.

supuesto ha desparecido (o disminuido), aun cuando la violación del Estado de Derecho siga en curso»[11].

Al objeto de acotar y fundamentar su aplicación, el Reglamento, tras consagrar una definición del concepto «Estado de Derecho» claramente inspirada en la jurisprudencia del TJUE[12], positiviza en su artículo tercero lo que pueden considerarse indicios de vulneración de sus principios —siendo el primero de ellos «poner en peligro la independencia de los jueces»—, y acota los aspectos a que deben referirse dichas violaciones (art. 4.2)[13].

Pese a estas concreciones, «los indicadores que vinculan el incumplimiento de principios del Estado de Derecho y la buena gestión financiera siguen siendo imprecisos»[14]. Esto, unido al interés de Hungría y Polonia por retrasar la puesta en funcionamiento de la normativa, explica que el Consejo Europeo acordase que la Comisión tuviera que elaborar unas directrices sobre la forma en que debía aplicarse el Reglamento antes de poder utilizarlo y que, además, debiese esperar a hacerlo hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciase sobre los eventuales recursos de anulación que pudieran interponerse[15]. En cualquier caso, el Reglamento solo sería aplicable a partir del 1 de enero de 2021 (art. 10), si bien su ámbito de tutela se extendería más allá del presupuesto de la Unión propiamente dicho para cubrir también el instrumento *Next Generation EU*.

Todos los condicionantes expuestos hasta aquí explican que, pese a su indudable potencial, el Reglamento de condicionalidad se haya aplicado, por el momento, de forma bastante comedida. Especialmente, si se compara con los mecanismos que se estudiarán después. En efecto, pese a que la Comisión llegó a solicitar información tanto a Polonia como a Hungría por medio de sendas cartas administrativas, remitidas en

---

[11] De Gregorio Merino, Alberto, *op. cit.*, p. 19.

[12] «Art. 2. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) «Estado de Derecho», el valor de la Unión consagrado en el artículo 2 del TUE. Comprende los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley. El Estado de Derecho se entenderá habida cuenta de los demás valores y principios de la Unión consagrados en el artículo 2 del TUE». Como señala la profesora Biglino, la consagración normativa de esta definición pone de manifiesto cómo, «hoy en día, pueden darse por superadas las diferencias que existían entre la *Rule of Law* británica, el *Rechtsstaat* alemán o el *Etat de Droit* francés». Biglino Campos, Paloma, «Los retos a la independencia judicial», *op. cit.*, p. 379.

[13] Por ejemplo, el control judicial efectivo, por órganos jurisdiccionales independientes, de las acciones u omisiones de las autoridades que ejecutan el presupuesto de la Unión o realizan el control financiero, la supervisión y las auditorías [art. 4.2.c)]. De esta forma, «el Reglamento 2020/2092 vincula el principio de buena gestión financiera no sólo a la legalidad de las operaciones administrativas, sino también a la independencia judicial y a la eficacia de las actuaciones judiciales». Łacny, Justyna, «The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020-Is it all About the Money?», *Hague Journal on the Rule of Law,* 13, 2021, p. 86.

[14] Kölling, Mario, *op. cit.*, p. 10.

[15] Conclusiones del Consejo Europeo del 10 y 11 de diciembre de 2020, EUCO 22/20, aptado. I.2.c). Estas orientaciones fueron publicadas por la Comisión en marzo de 2022. COM(2022) 1382 final.

noviembre de 2021, solo en el caso de Hungría se consideró que concurrían elementos suficientes como para iniciar el procedimiento previsto en el Reglamento[16].

En septiembre de 2022, la Comisión Europea consideró que se estaban produciendo vulneraciones del Estado de Derecho en Hungría con riesgo para el presupuesto de la Unión en relación con las irregularidades, lagunas y deficiencias sistémicas en la contratación pública, la detección, prevención y corrección de conflictos de intereses, y el marco de investigación, enjuiciamiento y lucha contra la corrupción. Por estos motivos, el ejecutivo comunitario propuso la suspensión del 65% de los compromisos para tres programas en el marco de la política de cohesión, así como la prohibición de contraer compromisos jurídicos con fideicomisos de interés público y las entidades mantenidas por ellos para los programas ejecutados en régimen de gestión directa e indirecta[17].

Dos meses después, el Consejo adoptó las medidas propuestas por la Comisión, si bien redujo del 65% al 55% los compromisos que debían suspenderse para los tres programas de cohesión afectados, con un importe total de 6.300 millones de euros para el período 2021-2027. Asimismo, prohibió adoptar nuevos compromisos jurídicos con los fideicomisos de interés público húngaros y las entidades mantenidas por ellos al ejecutar el presupuesto de la Unión en régimen de gestión directa e indirecta[18].

Las negociaciones entre el Gobierno húngaro y la Comisión Europea en el marco del procedimiento de condicionalidad se saldaron con el compromiso por parte del primero de adoptar una serie de reformas para atajar las deficiencias detectadas. Destacadamente, se acordó la creación de una Autoridad de Integridad con el fin de reforzar la prevención, detección y corrección del fraude, los conflictos de interés y la corrupción, así como la instauración de un Grupo de Trabajo de Lucha contra la Corrupción que examinara las medidas existentes en la materia y propusiera mejoras al respecto[19].

Un año después de la adopción de medidas por parte del Consejo, el artículo 7.2 del Reglamento impone que, bien a petición del Estado miembro, o, en su defecto, a iniciativa de la propia Comisión, esta revalúe la situación para determinar si corresponde adaptar o levantar las medidas impuestas. Sin embargo, en diciembre de 2023 Hungría todavía no había notificado la implementación de ninguna reforma, por lo que la Comisión consideró que el riesgo para el prepuesto de la Unión continuaba siendo el mismo que cuando se adoptaron las medidas. De esta forma, los fondos correspondien-

[16] Sobre la virtualidad del Reglamento de condicionalidad hasta ahora, puede consultarse la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del mismo [COM(2024) 17 final], de 12 de enero de 2024, dictada en cumplimiento de lo dispuesto en su artículo 9.

[17] Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo sobre medidas para la protección del presupuesto de la Unión contra la vulneración de los principios del Estado de Derecho en Hungría. COM(2022) 485 final.

[18] 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 de 20.12.2022).

[19] *Idem*., Considerandos 28 a 39.

tes a los programas de cohesión afectados continúan bloqueados en el momento de escribir estas líneas[20].

2.2. Hitos y objetivos en el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia

El Mecanismo europeo de Recuperación y Resiliencia[21], pieza central del fondo *Next Generation EU*, no parecía inicialmente concebido como un instrumento vinculado al cumplimiento de estándares en materia de Estado de Derecho ni, por tanto, susceptible de propiciar mejoras en este ámbito. En realidad, fue diseñado con el propósito de impulsar la economía de los Estados miembros tras el brusco parón ocasionado por la pandemia de Covid-19, proporcionado a estos cuantiosos fondos en forma de préstamos y transferencias no reembolsables que les permitieran acometer grandes inversiones y reformas.

Para llevar a cabo estos fines, el mecanismo se vinculó íntimamente con el Semestre Europeo, que sería el marco en el que se determinarían las prioridades nacionales de las reformas y se haría el seguimiento de su ejecución. Así, la entrega de fondos queda condicionada a la consecución de determinados hitos y objetivos[22], ligados en gran medida a las recomendaciones específicas por país sobre su situación económica, financiera y fiscal aprobadas en el marco del Semestre.

En concreto, cada Estado miembro tendría que presentar un Plan de Recuperación y Resiliencia para su aprobación por parte de la Comisión y del Consejo en el que consignasen dichos hitos y objetivos [art. 18.4.i)]. Una vez hecho esto, podrían ir presentado solicitudes de pago, que se concederían o no en función del grado de cumplimiento de los mismos.

Pues bien, en los casos de países que durante los ciclos de control del Semestre Europeo hubieran recibido recomendaciones específicas de reformas para garantizar o reforzar el Estado de Derecho, estas se incluyeron también en sus planes de recuperación y resiliencia como hitos a cumplir para poder ir desbloqueando la entrega de fondos. Como explican Rubio *et al*., «los hitos del «Estado de Derecho» están relacionados con tres grupos principales de acciones o reformas: las destinadas a reforzar la independencia judicial, las destinadas a reforzar las políticas y estructuras de lucha contra el fraude y la

[20] Comisión Europea. Comunicado de prensa. *Commission considers that Hungary's judicial reform addressed deficiencies in judicial independence, but maintains measures on budget conditionality*. 13 de diciembre de 2023. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6465

[21] Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

[22] Según el artículo 2 del Reglamento (UE) 2021/241, «se entenderá por "hitos y objetivos": las medidas de progresión hacia la consecución de una reforma o una inversión, considerándose que los hitos constituyen logros cualitativos y los objetivos constituyen logros cuantitativos».

corrupción, y las destinadas a mejorar los procedimientos y estructuras de lucha contra el blanqueo de capitales»[23]. Entre los países que debieron incluir en sus planes reformas del primer tipo están Hungría y Polonia, pero también Malta, la República Checa, Eslovaquia y Rumanía. Las segundas afectaban, además de a Hungría, a otros nueve Estados miembros, entre los que se cuentan España e Italia. Por último, los países que debían mejorar los procedimientos y estructuras de lucha contra el blanqueo de capitales eran Estonia, Finlandia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo y Eslovaquia[24].

Ahora bien, además de los mencionados hitos, cuya inclusión en los planes y cumplimiento es condición necesaria para poder ir desbloqueando las entregas de fondos, la Comisión Europea podía imponer la exigencia de satisfacer unas precondiciones o «súper-hitos» que deberían cumplirse incluso antes de poder presentar solicitudes de pago [art. 20.5.e) del Reglamento 2021/241]. Estos se fundamentan en el artículo 22 del Reglamento, que exige a los Estados miembros beneficiarios o prestatarios de los fondos de recuperación la adopción de «todas las medidas adecuadas para proteger los intereses financieros de la Unión y para velar porque la utilización de los fondos en relación con las medidas financiadas por el Mecanismo se ajuste al Derecho aplicable de la Unión y nacional, en particular en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. A tal efecto, los Estados miembros establecerán un sistema de control interno eficaz y eficiente y recuperarán los importes abonados erróneamente o utilizados de modo incorrecto».

Aunque la razón de que las instituciones europeas pudieran imponer estos «súper hitos» en los planes nacionales era que se subsanasen las deficiencias detectadas en los sistemas de gestión y control de los fondos de recuperación, en los casos de Polonia y Hungría se consideró que, para alcanzar este fin, también eran necesarias determinadas reformas orientadas a corregir retrocesos del Estado de Derecho, especialmente algunas relacionadas con la independencia judicial. De este modo, para poder ser aprobados, los Planes de Recuperación de estos dos Estados tuvieron que incluir tanto hitos como «súper-hitos» vinculados al Estado de Derecho, impidiendo el desembolso —e incluso la mera solicitud— de fondos de recuperación mientras estos no se fueran cumpliendo.

En el caso de Polonia, cuyo plan de recuperación fue aprobado en junio de 2022[25], se incluyeron dos «súper-hitos», ambos relacionados con el sistema de justicia. La decisión del Consejo parte de la base de que la tutela judicial efectiva es un requisito previo

[23] VV.AA., *The tools for protecting the EU budget from breaches of the rule of law: the Conditionality Regulation in context*. Estudio solicitado por la Comisión de presupuestos del Parlamento Europeo. Departamento Temático de Asuntos Presupuestarios. Bruselas, 2023. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_ATA(2023)747931

[24] *Idem*., p. 53.

[25] Decisión de ejecución del Consejo, de 14 de junio de 2022, relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Polonia. Interinstitutional File: 2022/0181 (NLE). Disponible en inglés en: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9728-2022-INIT/en/pdf

para el buen funcionamiento de un sistema de control interno, en el sentido del artículo 22 del Reglamento 2021/241[26], para exigir lo siguiente. En primer lugar, una serie de reformas orientadas a reforzar la independencia y la imparcialidad de los tribunales, garantizando, entre otras cosas, que no se restringiese el derecho de los jueces polacos a plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE, así como que dicho planteamiento no pudiera justificar la incoación de un procedimiento disciplinario. En segundo lugar, se exigía una reforma para remediar la situación de los jueces afectados por las decisiones de la Sala disciplinaria del Tribunal Supremo, lo que suponía una revisión de los casos decididos por este órgano por parte de otro que cumpliera los requisitos del artículo 19.1 TUE[27].

La aprobación del plan de recuperación polaco fue ampliamente criticada, tanto fuera como dentro de la propia Comisión, llegando a ser recurrida ante el TJUE por parte de ciertas organizaciones judiciales que consideraban los hitos incluidos insuficientes para cumplir con las sentencias del Tribunal de Luxemburgo que se habían acumulado contra Polonia en materia de independencia judicial[28]. Sin embargo, lo cierto es que la Comisión ha sido luego estricta a la hora de evaluar la satisfacción de los «súper-hitos» mencionados, y ha tardado en conceder su visto bueno a las autoridades polacas para que pudieran solicitar el primer pago de los fondos de recuperación, bloqueando con ello el acceso a más de 59.800 millones de euros.

No ha sido hasta febrero de 2024 cuando la Comisión Europea ha aceptado las reformas acometidas por Polonia en materia de independencia judicial, permitiendo así solicitar el primer pago de los fondos de recuperación[29]. Para ello, el Estado polaco ha tenido que suprimir y sustituir la Sala disciplinaria del Tribunal Supremo por un tribunal independiente e imparcial establecido por ley, reformar el régimen disciplinario de los jueces, y establecer salvaguardias para que estos no corran el riesgo de incurrir en responsabilidad disciplinaria por el contenido de sus sentencias o por aplicar el Derecho europeo. Además, se han revisado todos los casos de jueces afectados por las resoluciones de la Sala disciplinaria por parte de una nueva Sala del Tribunal Supremo, readmitiéndose a todos aquellos que habían sido suspendidos injustamente[30].

---

[26] *Idem*., § 45.

[27] Anexo de la Decisión de ejecución del Consejo, de 14 de junio de 2022, relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Polonia, pp. 195-197. Interinstitutional File: 2022/0181 (NLE). Disponible en inglés en: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9728-2022-ADD-1/en/pdf

[28] Scheppele, Kim Lane, y Morijn, John, «What Price Rule of Law?». En Södersten, Anna, y Hercock, Edwin (eds.), *The Rule of Law in the EU: Crisis and Solutions*, p. 42, Swedish Institute for European Policy Studies, Estocolmo, 2023.

[29] Comisión Europea. Comunicado de prensa: *Poland's efforts to restore rule of law pave the way for accessing up to €137 billion in EU funds*. 29 de febrero de 2024. Disponible en: https://ec.europa.eu/regional_policy/whats-new/newsroom/29-02-2024-poland-s-efforts-to-restore-rule-of-law-pave-the-way-for-accessing-up-to-eur137-billion-in-eu-funds_en

[30] *Idem.*

Conviene precisar que, aunque el cambio de Gobierno en Polonia tras las elecciones de octubre de 2023 ha mejorado sustancialmente las relaciones con las autoridades europeas, las reformas mencionadas fueron implementadas antes de esos comicios. Por tanto, parece evidente que el sistema de condicionalidad incluido en el Mecanismo de Recuperación ha contribuido a reinstaurar, al menos en parte, la deteriorada independencia judicial polaca. Algo que hasta ahora no se había logrado por medio de otros instrumentos.

El caso de Hungría es bastante más complejo pues, aunque su plan de recuperación fue también aprobado en diciembre de 2022[31], tuvo que ser profundamente modificado para poder recabar el visto bueno de la Comisión. En concreto, se añadió todo un nuevo paquete de medidas relacionadas con la gobernanza y la administración pública, donde se incluyeron 111 hitos y objetivos, que permanecieron después inalterados en la versión revisada del plan, aprobada en diciembre de 2023[32]. De ellos, 27 tienen la condición de «súper-hitos», sin cuyo cumplimiento, por tanto, no podía solicitarse ningún desembolso de los fondos de recuperación[33].

Estos «súper-hitos», referidos a problemas transversales persistentes desde hace años en Hungría y relacionados con la solidez y el funcionamiento de las instituciones públicas en general, se fundamentan en todos los demás instrumentos comunitarios de protección del Estado de Derecho. Así, se reproducen las principales medidas correctoras propuestas por la propia Hungría en el marco del mecanismo de condicionalidad, algunas medidas relativas a la independencia judicial incluidas en el procedimiento del artículo 7 TUE, las recientes recomendaciones específicas por país emitidas en el marco del Semestre Europeo y las consignadas en los informes sobre el Estado de Derecho[34].

A 13 de diciembre de 2023, de los 27 «súper hitos» del plan de recuperación y resiliencia húngaro, únicamente los relativos a la independencia judicial se consideraban cumplidos. Por el contrario, los «súper hitos» coincidentes con las medidas correctoras exigidas en el marco del mecanismo de condicionalidad presupuestaria no se entendieron satisfechos[35]. Una situación que no consta que haya cambiado en el momento de

[31] Decisión de ejecución del Consejo, de 5 de diciembre de 2022, relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Hungría. Interinstitutional File: 2022/0414 (NLE). Disponible en inglés en: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15447-2022-INIT/en/pdf

[32] Decisión de ejecución del Consejo, de 7 de diciembre de 2023, por la que se modifica la Decisión de ejecución del Consejo, de 5 de diciembre de 2022, relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de Hungría. Interinstitutional File: 2023/0431 (NLE). Disponible en inglés en: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15964-2023-REV-1/en/pdf

[33] Schwarcz, András, *Rule of law-related «super milestones» in the recovery and resilience plans of Hungary and Poland*. Estudio solicitado por la Comisión de control presupuestario del Parlamento Europeo. Departamento Temático de Asuntos Presupuestarios. Bruselas, 2023. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_BRI(2023)741581

[34] *Idem*.

[35] Comisión Europea. Comunicado de prensa: *Commission considers that Hungary's judicial reform addressed deficiencies in judicial independence, but maintains measures on budget conditionality*, *op. cit.*

escribir estas líneas (junio de 2024), por lo que Hungría no ha podido acceder todavía a los 10.400 millones de euros que le corresponderían de los fondos de recuperación: 6.500 millones en subvenciones y 3.900 millones en préstamos.

2.3. Principios horizontales y condiciones favorecedoras en el Reglamento de disposiciones comunes a los fondos estructurales y de inversión

Los dos mecanismos analizados hasta ahora no son las únicas vías de que dispone la Unión Europea para condicionar la entrega de fondos comunitarios al cumplimiento de ciertos estándares sobre el Estado de Derecho. De hecho, ni siquiera son las más importantes en términos cuantitativos. Esta es una posición que corresponde al sistema de condicionalidad incluido en el Reglamento (UE) 2021/1060, de disposiciones comunes a los fondos estructurales y de inversión[36].

Es cierto que la entrega de este tipo de fondos siempre ha estado condicionada en función de diversas variables, si bien, con el paso de los años, estas han ido multiplicándose y haciéndose más complejas, como prueba la condicionalidad macroeconómica desarrollada especialmente tras la crisis de 2008 e implementada por medio del Semestre Europeo. De este modo, no resulta sorprendente que los retrocesos del Estado de Derecho experimentados en varios países miembros propiciaran, de cara al MFP 2021-2027, que el Reglamento (UE) 2021/1060 introdujera, entre los principios horizontales (art. 9) y las condiciones favorecedoras (art. 15) que pueden justificar la adopción de distintas medidas en relación con los pagos de los programas financiados por los fondos de cohesión, el respeto y la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Por lo que se refiere a los principios horizontales del artículo 9 del Reglamento, se trata de principios generales que deben ser respetados por todos los programas y cuyo incumplimiento puede dar lugar a la suspensión en la aprobación de los mismos por hasta cinco meses[37]. El primero de estos principios consiste, precisamente, en «el respeto de los derechos fundamentales y la conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la ejecución de los Fondos».

[36] Reglamento (UE) 2021/1060, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados.

[37] VV.AA., *The tools for protecting the EU budget from breaches of the rule of law*, *op. cit.*, p. 45.

No obstante, mayor virtualidad han tenido las condiciones favorecedoras a que se refiere el artículo 15 del Reglamento 2021/1060, que operan como requisitos habilitantes de los objetivos específicos de los programas financiados y que deben cumplirse a lo largo de toda su duración. En este caso, su incumplimiento puede dar lugar, en cualquier momento, a que no se reembolsen los pagos en que ha incurrido un Estado en el marco de un programa financiado con fondos estructurales o de cohesión.

El Anexo III del Reglamento detalla cuáles son estas condiciones, entre las que se encuentra la «aplicación y ejecución efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales». En concreto, la satisfacción de esta condición impone la existencia de mecanismos efectivos para garantizar el cumplimiento de la Carta, que incluyen: «1. Disposiciones para garantizar que los programas apoyados por los Fondos y su ejecución cumplen con las disposiciones correspondientes de la Carta. 2. Disposiciones de presentación de informes al comité de seguimiento sobre los casos de incumplimiento de la Carta por operaciones apoyadas por los Fondos y las denuncias en relación con la Carta presentadas de conformidad con las disposiciones adoptadas con arreglo al artículo 69, apartado 7.»

Pues bien, en los casos de Hungría y Polonia, este mecanismo se ha convertido en otro instrumento de condicionalidad que ha bloqueado el acceso a miles de millones de euros en fondos estructurales para estos países (que son los principales beneficiarios de los mismos en términos per cápita y en términos absolutos, respectivamente), por incumplimientos relacionados con el Estado de Derecho y, muy especialmente, con la independencia judicial derivada de la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE.

En el caso de Hungría, al aprobarse su acuerdo de asociación, también en diciembre de 2022, la Comisión Europea entendió que existían deficiencias importantes en materia de independencia judicial[38], pero tuvo en consideración las reformas propuestas en su plan de recuperación y resiliencia para atajarlas y estimó que, cuando estas se adoptasen, podría entenderse cumplida la condición favorecedora a este respecto[39]. De este modo, Hungría tuvo bloqueado el acceso a reembolsos financiados por el Fondo de Cohesión y otros Fondos de inversión por valor de 21.900 millones de euros hasta diciembre de 2023, cuando la Comisión consideró que las reformas adoptadas para res-

[38] En concreto, la Comisión expresó su preocupación por cuatro motivos. En primer lugar, porque la ausencia de una supervisión adecuada del Presidente de la Oficina Nacional de la Magistratura exponía a los jueces húngaros al riesgo de decisiones discrecionales sobre su carrera. En segundo lugar, porque la independencia judicial, en particular la de los jueces del Tribunal Supremo, se vio debilitada por los poderes discrecionales otorgados a su Presidente en el nombramiento de jueces y la asignación de casos. En tercer lugar, porque las normas procesales en vigor permitían a este Tribunal examinar una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE presentada por un tribunal inferior y declarar dicha petición ilegal. Por último, por entender que la independencia de los tribunales húngaros se veía comprometida debido a que las autoridades administrativas podían impugnar las resoluciones judiciales definitivas ante el Tribunal Constitucional.

[39] Comisión Europea. Comunicado de prensa: *EU Cohesion Policy 2021-2027: Investing in a fair climate and digital transition while strengthening Hungary's administrative capacity, transparency and prevention of corruption*. 22 de diciembre de 2022. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7801

taurar la independencia judicial y cumplir con los «súper-hitos» del plan de recuperación en esta materia eran suficientes.

Sin embargo, estas medidas solo permitieron descongelar al Gobierno húngaro el acceso a 10.200 millones de euros. El resto de la financiación sigue bloqueado, en parte por la existencia de otras circunstancias que impiden considerar completamente satisfecha la condición favorecedora horizontal relacionada con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE[40], y en parte también por la aplicación del reglamento de condicionalidad presupuestaria a tres programas financiados con los fondos de cohesión[41], como ya se ha visto en el primer apartado de este trabajo.

Por lo que se refiere a Polonia, fue su propio Gobierno quien, antes de aprobar su acuerdo de asociación con la Comisión, manifestó que no cumplía con la condición favorecedora relativa a la aplicación y ejecución efectiva de la CDFUE por sus deficiencias en materia de independencia judicial. Esto impidió al país eslavo solicitar reembolsos por valor de 76.500 millones de euros de los fondos de cohesión, hasta que en enero de 2024 comunicó las reformas acometidas para colmar los «súper-hitos» de su plan de recuperación y, al mes siguiente, la Comisión dio su visto bueno a la satisfacción de las condiciones necesarias para acceder a los fondos de ambos mecanismos[42].

3. ¿Complementariedad o solapamiento?

Como señalan Scheppele y Morijn, aunque el Reglamento de condicionalidad atrajera inicialmente toda la atención, finalmente no ha sido el instrumento con el que se ha ejercido la mayor presión presupuestaria para forzar reformas del Estado de Derecho en Hungría y Polonia[43]. Ya se ha visto que los fondos bloqueados con este objetivo, tanto en el marco del Mecanismo de Recuperación, como a través de las condiciones favorecedoras del Reglamento de disposiciones comunes, han sido mucho más cuantiosos. Ahora bien, la coexistencia de los tres mecanismos impone, a mi juicio, la necesidad de analizar si estos se complementan o se solapan entre sí, y si esto contribuye o dificulta alcanzar el fin que con ellos se pretende.

En primer lugar, por lo que respecta a su ámbito de aplicación, mientras que los hitos y «súper-hitos» en materia de Estado de Derecho afectan únicamente a los fondos

[40] Estas circunstancias se deben a la denominada ley de protección de la infancia, así como a los graves riesgos que la legislación húngara supone para la libertad académica y el derecho de asilo.

[41] Comisión Europea. Comunicado de prensa: *Commission considers that Hungary's judicial reform addressed deficiencies in judicial independence, but maintains measures on budget conditionality*, *op. cit.*

[42] Comisión Europea. Comunicado de prensa: *Poland's efforts to restore rule of law pave the way for accessing up to €137 billion in EU funds*. 29 de febrero de 2024. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1222

[43] Scheppele, Kim Lane, y Morijn, John, «What Price Rule of Law?», *op. cit.*, p. 41.

de recuperación, y la condición favorecedora de respeto a la CDFUE solo se aplica a los fondos estructurales que se rigen por el Reglamento de disposiciones comunes, el Reglamento 2020/2092 tiene un objeto de tutela mucho más amplio, pues incluye tanto los fondos anteriores, como cualesquiera otros financiados con el presupuesto comunitario. Prueba de ello es que, hasta el momento, su uso haya servido, precisamente, para bloquear fondos de cohesión que se rigen por el Reglamento 2021/1060.

En segundo lugar, es importante destacar la vocación de permanencia del Reglamento de condicionalidad presupuestaria, mientras que los otros dos Reglamentos tienen un alcance temporal limitado, ya que su aplicación se circunscribe al MFP 2021-2027[44].

En tercer lugar, en relación con el tipo y la forma de las condiciones que estos mecanismos permiten imponer, mientras que la CDFUE abarca derechos que van más allá de los principios del Estado de Derecho, no todas las dimensiones de este enumeradas en el artículo 4.2 del Reglamento de condicionalidad se corresponden con las garantías que ofrece la Carta[45]. Además, si bien ambos mecanismos imponen un seguimiento periódico que obliga al cumplimiento continuo de sus condiciones, el Mecanismo de Recuperación es mucho más limitado y estático a este respecto: salvo que el Estado miembro solicite modificar su plan de recuperación, los hitos y objetivos consignados en el mismo no pueden modificarse. Por tanto, si posteriormente un Estado experimenta un retroceso del Estado de Derecho, la Comisión no puede utilizar esta herramienta por iniciativa propia para remediarlo, imponiendo nuevos hitos al respecto. Lo que sí puede hacer la Comisión es suspender y, en su caso, recuperar la financiación del fondo de recuperación si el Estado retrocede en los hitos cumplidos anteriormente[46].

Por último, el procedimiento que permite la suspensión en la entrega de fondos entre los distintos mecanismos es muy distinto, especialmente en términos de fundamentación y transparencia. Así, mientras que tanto el procedimiento como las bases para poder adoptar medidas en virtud del Reglamento de condicionalidad están relativamente detallados y las instituciones europeas han llevado a cabo una aplicación muy cautelosa, precisa y transparente del mismo, las decisiones acordadas con base en los

[44] VV.AA., *The case for activating the Rule of Law Conditionality Regulation in respect of Poland*, The Greens/EFA in the European Parliament, 2023, p. 28. Disponible en: https://www.greens-efa.eu/en/article/study/the-case-for-activating-the-rule-of-law-conditionality-regulation-in-respect-of-poland#:~:text=When%20it%20comes%20to%20making%20the%20case%20of,the%20protection%20of%20EU%E2%80%99s%20financial%20interests%20in%20Poland%3A

[45] Kuhl, Lothar, «New Instruments in Cohesion Policy – Implementation Practice by EU Institutions». The Protection of the Financial Interests in a Changing Context, *Eucrim,* 4, 2023, p. 342. Como se apunta en el estudio citado en la nota anterior, los otros derechos reconocidos en la CDFUE que se corresponden con principios del Estado de Derecho contemplados en el Reglamento de condicionalidad son la igualdad ante la ley del artículo 20 y el derecho a no ser discriminado del artículo 21 (p. 26).

[46] VV.AA., *The tools for protecting the EU budget from breaches of the rule of law*, *op. cit.*, pp. 53-54.

otros dos mecanismos no se han publicado y su contenido solo se conoce por medio de notas de prensa, pese a que han servido para congelar decenas de miles de millones de euros en fondos europeos. Como es lógico, esto ha dado lugar a críticas y ha puesto de manifiesto situaciones difíciles de explicar.

Por ejemplo, Hegedus se pregunta por qué, si las reformas adoptadas en Hungría en materia de independencia judicial han sido suficientes para desbloquear una parte de los fondos de cohesión, no han servido también para descongelar una parte de los fondos de recuperación, al haberse cumplido con los «súper-hitos» en esta materia[47]. Frente a esto puede argumentarse que todos y cada uno de los «súper-hitos» son precondiciones que deben satisfacerse antes de poder siquiera presentar una solicitud de pago. Sin embargo, tiene razón la autora cuando afirma que, «sigue sin estar del todo claro en qué se basó la Comisión para decidir cuánto dinero se desbloquea de los fondos de cohesión[48]. A su juicio, aunque resulte difícil cuantificar reformas cualitativas, y pese a que pueda resultar normativamente indeseable poner precio a la independencia judicial, un programa detallado y predeterminado de liberación gradual de fondos a cambio de la realización de reformas bien definidas garantizaría una mayor transparencia y responsabilidad[49].

En cualquier caso, la doctrina coincide al considerar que, pese a los solapamientos y deficiencias detectados, parece innegable que la coexistencia de estos tres sistemas de condicionalidad de fondos al respeto del Estado de Derecho ha propiciado cambios y reformas que, hasta el momento, no se habían logrado con ningún otro instrumento.

4. Conclusiones

A la luz de los análisis y comparaciones realizados en este trabajo, se puede concluir que la coexistencia de los tres mecanismos de condicionalidad de fondos europeos respecto al Estado de Derecho ha propiciado reformas significativas en algunos Estados miembros de la Unión Europea, aunque también ha generado desafíos en términos de claridad y transparencia.

El Reglamento de condicionalidad presupuestaria se ha aplicado de manera limitada debido a la necesidad de demostrar una afectación grave y directa a la gestión financiera del presupuesto de la Unión, lo que ha retrasado su implementación efectiva. No obstante, su potencial sigue siendo alto, y su carácter permanente lo diferencia de los

[47] Hegedus, Dora, «Same, Same but Different? The Pitfalls in Unfreezing EU Funds», *Verfassungsblog*, 21 de diciembre de 2023. Disponible en: https://verfassungsblog.de/same-same-but-different/

[48] *Idem*. Esto, unido al momento en que se tomó la decisión, dio pie a especulaciones sobre si esta no se habría adoptado como contrapartida a la abstención del Primer Ministro Húngaro para iniciar las negociaciones de adhesión de Ucrania.

[49] *Idem*.

otros dos mecanismos, cuya aplicación está circunscrita al Marco Financiero Plurianual 2021-2027.

Por otro lado, el Mecanismo de Recuperación y las condiciones favorecedoras del Reglamento de disposiciones comunes han demostrado ser herramientas más inmediatas para ejercer presión presupuestaria, permitiendo bloquear sumas significativas en fondos destinados a Estados que no cumplen con los estándares de independencia judicial y otros principios del Estado de Derecho. Sin embargo, la falta de transparencia en las decisiones relacionadas con estas suspensiones de fondos ha generado críticas sobre la coherencia y la justificación de las medidas adoptadas. Aunque estas deficiencias no han impedido que la implementación de estos mecanismos haya propiciado avances que no se habían conseguido previamente, subrayando la importancia de la condicionalidad de fondos como instrumento para salvaguardar el Estado de Derecho en la Unión Europea.

En definitiva, aunque el camino hacia una aplicación más uniforme y transparente de estos mecanismos todavía presenta retos, los resultados obtenidos hasta ahora justifican su existencia y aplicación continuada. La clave estará en mejorar la claridad de los procedimientos y asegurar una aplicación equitativa y fundamentada que permita a la Unión Europea proteger de manera efectiva sus principios fundacionales y su presupuesto.

CAPÍTULO 38

LA APORTACIÓN DE LA COMISIÓN DE VENECIA AL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO[1]

Josep Maria Castellà Andreu
(Universitat de Barcelona)
Catedrático de Derecho Constitucional

A la profesora Paloma Biglino, que ha intervenido de forma activa en el acercamiento de la Comisión de Venecia a Latinoamérica.

1. La Comisión de Venecia y América Latina

El profesor Antonio La Pergola, impulsor de la Comisión de Venecia (CdV), quiso promover la cooperación constitucional, en el marco del Consejo de Europa, entre los países de Europa y otras regiones, especialmente América Latina[2]. Sin embargo, desde su fundación en 1990, la CdV se centró en ayudar a la transición a la democracia de los Estados de Europa central y oriental, tras la caída del Muro de Berlín. Hasta entonces, la influencia del Derecho constitucional comparado en la elaboración de constituciones y leyes políticas se producía con la recepción de normas e instituciones de sistemas constitucionales utilizados como modelo (así la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949 respecto a la Constitución española de 1978). A partir de los años noventa, se produce la novedad de una influencia del Derecho comparado de forma institucionalizada a través del Consejo de Europa y de la Unión Europea. La consolidación constitucional y democrática de las nuevas democracias de Europa del Este y de las antiguas repúblicas soviéticas de Asia central ha ocupado mayoritariamen-

[1] Este trabajo tiene su origen en una ponencia presentada al Congreso «Patrimoine constitutionnel européen entre progression et régression», organizado por la Universidad de Estrasburgo en 2023. Una versión más larga y en inglés está en fase de publicación por Ed. Pedone. Forma parte de las actividades de la Cátedra Jean Monnet en Democracia Constitucional Europea de la Universidad de Barcelona (EUCODEM) y del Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO). Las citas de textos de la Comisión de Venecia son por lo general traducciones propias.

[2] Buquicchio, Gianni, «Retos pasados, presentes y futuros de la Comisión de Venecia». En Castellà Andreu, Josep Maria, Montobbio, Manuel, y Granata-Menghini, Simona (dirs.), *Estado de Derecho, democracia y globalización. Una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario,* CEPC, Madrid, 2022, pp. 23-25.

te a la CdV. Esta ha sido una importante promotora de la democracia constitucional, basada en los tres pilares del Consejo de Europa: democracia, Estado de Derecho y derechos humanos.

Por el contrario, la atención de la CdV por América Latina ha sido reducida y ha tenido menos influencia en su constitucionalismo, a pesar de que los países de la región comparten rasgos fundamentales con el constitucionalismo europeo. La mayoría de las constituciones de la región fueron adoptadas o modificadas sustancialmente antes de la incorporación de los Estados latinoamericanos a la CdV, siguiendo las tradiciones constitucionales nacionales, la influencia del constitucionalismo estadounidense (forma de gobierno presidencial y las relaciones entre ambas Cámaras y, en algunos países, el federalismo o el control de constitucionalidad difuso) y también de algunos elementos de las constituciones de los Estados europeos (como el Defensor del Pueblo y, en algunos países, el Tribunal Constitucional o las comisiones electorales). Sin embargo, el papel de la CdV en algunos países de América Latina está en constante crecimiento, particularmente en los últimos años, a la vez que se percibe una tensión entre dicho constitucionalismo europeo y el procedente de otras corrientes ideológicas con fuerza en la región, que se está incorporando a las nuevas constituciones de los países latinoamericanos.

2. Razones de la menor atención e influencia de la comisión de Venecia en la región

La menor atención e influencia de la CdV en América Latina se debe a diferentes razones: 1) pocos son los Estados miembros y pocas las opiniones solicitadas, 2) la procedencia profesional de los miembros, 3) el escaso impacto de las opiniones y los informes en la región y 4) algunas diferencias entre los principios constitucionales europeos y latinoamericanos.

En primer lugar, de los 61 Estados miembros, sólo 5 Estados latinoamericanos forman parte de la CdV (Brasil, Costa Rica, Chile, México y Perú; Argentina y Uruguay tienen el estatus de observador). Esto ha sido posible gracias a la transformación de la CdV en un Acuerdo Ampliado que abre la membresía de pleno derecho a Estados no europeos. La Comisión solo ha adoptado doce opiniones e informes relacionados con Latinoamérica (2005-2023), siete de los cuales desde 2017. Seis a instancia de instituciones de los Estados miembros y seis a petición de organizaciones e instituciones internacionales: tres de la Organización de Estados Americanos (OEA)[3], dos de la Delega-

[3] De conformidad con el *Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law* CDL (2002)27, el Comité de Ministros autoriza a la Comisión a invitar a organizaciones internacionales y otros organismos a participar en sus actividades (art. 2.7). A las tres opiniones solicitadas por la OEA, cabe añadir otras dos en relación con Haití, emitidas cuando este trabajo estaba concluido: *la interim Opinion CDL-AD(2024)017 y la final Opinion CDL-AD(2024)042, on possible constitutional and legislative solutions to conduct future electoral processes.*

ción de la UE en Bolivia[4], y uno de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa[5]. Es importante subrayar que tres de dichas iniciativas han partido de instituciones europeas, particularmente los primeros años, supliendo la falta de iniciativa formal local, y dos de las que fueron solicitadas por la OEA, aunque son de alcance general, tienen una singular relevancia en América Latina (reelección de presidentes y de otras autoridades)[6].

Al mismo tiempo, la Comisión ha participado en actividades de observación de procesos electorales en la región y en la organización de actividades de promoción y difusión de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, la mayoría de ellas en el marco de proyectos de cooperación con países latinoamericanos. También participan en estas actividades países de la región que no son miembros de la CdV como Argentina o Bolivia[7]. La CdV mantiene relaciones con organizaciones regionales como la OEA, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Unión Interamericana de los Órganos Electorales («UNIORE»), la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional («CIJC») y la Federación Iberoamericana de Ombudsmen («FIO»).

Los dos objetivos principales de las opiniones de la CdV son, por un lado, la asistencia y la cooperación con las autoridades en las reformas constitucionales o legales y, por otro lado, el control y la crítica del procedimiento y el contenido de dichas reformas[8]. Ambos objetivos pueden operar cuando las solicitudes proceden tanto de organizaciones internacionales como de autoridades nacionales.

---

[4] Las autoridades bolivianas —el Viceministro de Justicia y Derechos Fundamentales y el Presidente de la Cámara de Diputados— pidieron a la Delegación de la UE en Bolivia que remitiera a la CdV dos solicitudes en 2011, en el marco del programa conjunto de cooperación entre la UE y la CdV, sobre el desarrollo de reformas constitucionales en Bolivia.

[5] De acuerdo con el *Revised Statute,* cit., artículo 3.2, la Comisión podrá, en el marco de su mandato, emitir opiniones a petición del Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria, el Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa y el Secretario General del Consejo de Europa, o de una organización u organismo estatal o internacional que participe en los trabajos de la Comisión. En cuanto a los terceros Estados, se indica que «Cualquier Estado podrá beneficiarse de las actividades presentando una solicitud al Comité de Ministros» (art. 3.3). Véase Granata-Menghini, Simona, «La Comisión de Venecia: presentación metodológica». En Castellà Andreu, Josep Maria; Montobbio, Manuel, y Granata-Menghini, Simona (dirs.), *Estado de Derecho, democracia y globalización, op. cit.*, p. 41.

[6] Sánchez Navarro, Ángel, «Los límites temporales del poder político: algunos estándares de la Comisión de Venecia», En Castellà Andreu, Josep Maria; Montobbio, Manuel, y Granata-Menghini, Simona (dirs.), *Estado de Derecho, democracia y globalización, op. cit.*, p. 325.

[7] La cooperación en materia electoral se formalizó en 2019, con financiación de la UE y el Consejo de Europa, con el proyecto «Apoyo a las Reformas de la Legislación y Prácticas Electorales y a los Instrumentos y Mecanismos Regionales de Derechos Humanos en Países de América Latina, Asia Central y Mongolia». Posteriormente se concretó con el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y con el Instituto Nacional Electoral de México.

[8] Véase: Granata-Menghini, Simona, y Kuijer, Martin, «Advisory or *de facto* binding? Follow up to the Venice Commission's opinions: between reality and perception». En Granata-Menghini, Simona, y Caga Tanyar, Ziya (eds.), *Venice Commission: Thirty years of Quest for Democracy through Law 1990-2020,* Lund, 2020, pp. 287-290.

En cuanto a las solicitudes de organizaciones internacionales, la OEA asume un papel importante, pero no comparable al de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que es muy activa en la solicitud de opiniones. El control y la crítica de la OEA de la situación democrática y constitucional de los Estados latinoamericanos se encuentra plasmado en la Opinión sobre la Asamblea Constituyente de Venezuela[9] e indirectamente en ambas Opiniones sobre la limitación de mandatos del Presidente y otros cargos representativos[10]. Por el contrario, la primera Opinión para América Latina respecto a la reforma constitucional en México para castigar el «feminicidio», fue solicitada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 2005, con el objetivo de prestar asistencia jurídica a las autoridades mexicanas[11].

La misma dicotomía de objetivos puede encontrarse respecto a las solicitudes de los Estados miembros de la región. Los órganos constitucionales pueden pedir, en primer lugar, el apoyo de la CdV a las reformas legislativas o constitucionales y su perfeccionamiento técnico, como ha sucedido con la reforma electoral de México de 2013 y la creación de las autoridades electorales: el Instituto Federal Electoral (IFE) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial (TEPJ) como órganos autónomos[12]. Además, el Tribunal Constitucional de Perú también solicitó un *amicus curiae* en 2011[13]. También se solicita la asistencia técnica de la CdV para reformas institucionales en las dos opiniones sobre Bolivia[14]. En segundo lugar, algunas instituciones nacionales pueden reclamar que la CdV emita una Opinión sobre cuestiones impulsadas por otras instituciones, promoviendo un control sobre los mismos. Son los casos de Perú: el Presidente del Congreso vs. el Presidente en 2019[15], Chile: el Senado vs. la Convención Constitucional en 2022[16], o México: el INE vs. el Presidente en 2022[17]. En este último caso, la reforma electoral pretendía limitar la independencia de las autoridades electorales, tanto administrativas como jurisdiccionales.

---

[9] CDL-AD(2017)024 *Venezuela - Opinion on the legal issues raised by Decree 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling elections to a national constituent Assembly.*

[10] CDL-AD(2018)010 *Report on Term Limits —Part I— Presidents,* y CDL-AD(2019)007 *Report on Term Limits; Part II, Members of Parliament, and Part III, Representatives elected at Sub National and local level and executive officials elected at sub national and local level.*

[11] CDL-AD(2005)006 *Opinion on Constitutional Reforms relating to the disappearance and murder of a great number of women and girls in Mexico.*

[12] CDL-AD(2013)021 *Opinion on the electoral legislation of Mexico*.

[13] CDL-AD(2011)041 *Amicus Curiae Brief on the case Santiago Bryson de la Barra et al (on crimes against humanity) for the Constitutional Court of Peru*.

[14] CDL-AD(2011)007 *Opinion on the Draft Organic Law of the Public Prosecutor's Office of Bolivia* y CDL-AD(2011)038 *Opinion on the draft Code of constitutional procedure of Bolivia.* Ver supra nota 4.

[15] CDL-AD(2019)022 *Peru - Opinion on linking constitutional amendments to the question of confidence*.

[16] CDL-AD(2022)004 *Chile - Opinion on the drafting and adoption of a new Constitution.* El Senado solicitó otra opinión en 2023 sobre la segunda propuesta de Constitución: CDL-AD(2023)034 *Chile - Opinion on the 2023 Constitutional Reform.*

[17] CDL-AD(2022)031 *Mexico - Opinion on the draft constitutional amendments concerning the electoral system of Mexico*.

Segundo, la participación de los miembros de Latinoamérica en las reuniones y otras tareas de la CdV, como actuar como relatores en las Opiniones, es heterogénea: desde la ausencia (Costa Rica), al carácter discontinuo (Chile, Perú) y actualmente menor (Brasil), y a una participación activa (México), si bien esta se centra en temas electorales, de partidos, justicia constitucional y la propia región. Esta participación menor se debe a factores variados, entre los cuales destacan: 1) la membresía corresponde a jueces constitucionales o de la Corte Suprema que están muy ocupados ejerciendo su propia función jurisdiccional; 2) la lejanía geográfica y el hecho de que los asuntos tratados por la Comisión suelen ser distantes para esos jueces; y 3) la presión de los medios de comunicación e incluso de los propios órganos designantes, que ven con recelo los viajes de los miembros a Venecia, lo que obliga a la autocontención. Además, el español no es lengua oficial de la CdV y muchos de sus documentos no están traducidos.

Tercero, desde el punto de vista de los efectos de las opiniones y los informes, existen varias razones para explicar el escaso recurso a la CdV: en primer lugar, el menor conocimiento público de la organización en América Latina tanto en círculos académicos y jurídicos como en la opinión pública. Y en segundo lugar, la menor capacidad de condicionalidad respecto a las instituciones parlamentarias y gubernamentales[18], ya que no existen mecanismos de cooperación como los que existen en Europa entre la CdV y la UE (por ejemplo, en relación con el cumplimiento de los estándares sobre Estado de Derecho y democracia para la admisión de candidatos a la UE o la evaluación del Estado de Derecho en los Estados miembros)[19]. Por ello, los informes de la CdV únicamente se apoyan en la *auctoritas* de la organización y sus miembros, sin derivar efectos *de facto* vinculantes.

Y cuarto, algunas tendencias del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo desconfían del constitucionalismo liberal democrático. No ha sido así siempre ya que por lo general hay cierta continuidad de las constituciones vigentes con los principales elementos institucionales del constitucionalismo republicano del siglo XIX: separación de poderes y sistemas presidencialistas. En el siglo XX las cartas de derechos incorporaron derechos sociales y económicos[20]. Durante las décadas de los 80 y 90 del siglo XX, varias de estas constituciones fueron cambiadas (Brasil 1988; Colombia 1991; Paraguay 1992; Perú 1993) o reformadas (Argentina 1994; Chile, particularmente en 1989 y 1995; México muchas veces; Uruguay bastantes). Las reformas sirvieron para adaptar las constituciones a las nuevas tendencias del periodo (liberalismo en lo econó-

[18] Bartole, Sergio, *The internationalization of Constitutional Law: a view from the Venice Commission*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2022.

[19] Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Un Nuevo marco para fortalecer el Estado de Derecho», COM(2014) 158 final p. 4.

[20] Gargarella, Roberto, «Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano"», *Revista Uruguaya de Ciencia Política,* 27, 2018, p. 110.

mico, mayor control de constitucionalidad, nuevos derechos fundamentales, particularmente para indígenas, y garantías...).

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es caracterizado por Gargarella en términos de «continuidades gravemente acentuadas» con el constitucionalismo liberal democrático[21], mientras que Viciano y Martínez Dalmau señalan la «ruptura democrática» y una nueva legitimación democrática como la principal diferencia de tal constitucionalismo con el anterior[22]. Este nuevo constitucionalismo es transformador y recupera varias de las preocupaciones, e incluso algunas soluciones, del constitucionalismo revolucionario; en particular, el fortalecimiento de su dimensión política[23]. Sobre todo las constituciones de Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009 se caracterizan por: 1) introducir amplias declaraciones de derechos colectivos, indígenas, ambientales, sociales y económicos en detrimento de los derechos civiles o individuales; 2) avanzar en un modelo de democracia participativa, en contraposición a la democracia representativa y en que la participación es más que un complemento; y 3) ampliar los poderes del Presidente, así como eliminar o reducir los límites temporales a sus mandatos y los controles y equilibrios entre poderes. Este antagonismo con el constitucionalismo liberal democrático abre la puerta a nuevas formas de autoritarismo o al menos a movimientos populistas y nacionalistas, que dificulta el diálogo entre ambos constitucionalismos.

Seguramente este hecho también afecta a la relación con la CdV, que ha expresado preocupación sobre algunas de estas propuestas. Así ocurrió en relación con la convocatoria por el presidente Maduro de una Asamblea Constituyente en Venezuela que iba en contra de los estándares promovidos por la CdV en relación con el cambio constitucional, los legitimados para convocarla y las reglas electorales que deben regir la convocatoria[24]. Lo mismo ocurre con el rechazo de la CdV a la existencia de un derecho humano a la reelección del Presidente[25]. Más recientemente, la Convención Constitucional de Chile aprobó en 2022 un proyecto de Constitución de tipo refundacional (y rechazado por el pueblo chileno), que asumía algunas de las propuestas del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: derechos colectivos y de la naturaleza, Estado plurinacional y reducción del carácter de contrapoder del Senado y el Tribunal Constitucional[26].

[21] *Ibid.*, p. 122.

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

[23] *Ibid.*, p. 15.

[24] Véase CDL-AD(2017)024.

[25] Véase CDL-AD(2018)010.

[26] Véase CDL-AD(2022)004.

Pero no todas las reformas constitucionales en América Latina deben identificarse con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. A pesar de ello, como ya se ha dicho, la CdV solo ha participado en algunos de los procesos de reforma constitucional o legislativa en los Estados miembros de la región o en otros países (Bolivia), pero no en la mayoría de ellos. La CdV se ha pronunciado en 2023 sobre el segundo proceso constitucional de Chile[27], mientras que en Perú también en 2023 el Congreso aprobó una reforma constitucional con el restablecimiento del Senado, sin que la CdV fuese consultada, como tampoco lo ha sido respecto a las reformas constitucionales de México de 2024 en relación con el poder judicial.

Esta limitada participación de la CdV podría explicarse tanto por una corriente nacionalista, apegada a la idea de procesos constituyentes soberanos, como por un movimiento regional que busca la identidad específica y común de las aspiraciones constitucionales y políticas de la región. Esta última es particularmente relevante en el campo de los derechos humanos debido a la acción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (con la introducción de un amplio control de convencionalidad). Ambas corrientes, diferentes entre sí, desconfían de la cooperación externa, particularmente de organismos internacionales de origen europeo. Hasta ahora, en América Latina no hay una experiencia de cooperación constitucional de organizaciones internacionales equivalente a la europea (salvo la OEA para el monitoreo de procesos electorales).

3. La contribución de la comisión de Venecia al fortalecimiento de la democracia constitucional en la región

Aunque todavía queda mucho camino por recorrer para asegurar el constitucionalismo y la separación de poderes en la región, la presencia institucional y las contribuciones de la CdV muestran el alcance positivo pero también los límites del papel de la Comisión en América Latina[28]. Ante todo, la CdV intenta superar algunas objeciones a su presencia en la región desde una perspectiva orgánica y de funcionamiento así como desde los parámetros utilizados en las opiniones.

[27] CDL-AD(2023)034.

[28] Sardón de Taboada, José Luis, «La Contribución de la Comisión de Venecia al constitucionalismo y la separación de poderes en Iberoamérica», en Castellà Andreu, Josep Maria; Montobbio, Manuel, y Granata-Menghini, Simona (dirs.), *Estado de Derecho, democracia y globalización, op. cit.*, p. 361.

3.1. Estrategias para fortalecer las relaciones con América Latina

Desde un punto de vista orgánico, la CdV creó una Subcomisión para América Latina, en funcionamiento desde 2013 con el objetivo de reforzar sus relaciones con la región[29]. Su presidente es siempre un miembro latinoamericano. La Subcomisión debate los proyectos de opiniones relacionados con la región, y coordina y promueve las relaciones entre la Comisión y la región, incluyendo la organización de eventos sobre temas de interés común, en colaboración con los Tribunales Constitucionales u otras instituciones, y la participación de académicos, representantes de instituciones y la sociedad civil. Además de los Estados miembros, participan otros Estados iberoamericanos como España. La cooperación también se ha reforzado con el «Acuerdo para el avance y la realización de acciones de intercambio, cooperación y asistencia técnica relacionadas con el desarrollo de los principios del Estado de Derecho y la separación de poderes en América Latina», firmado en 2020 entre la CdV y la OEA y que permite a esta la solicitud de informes.

Además, a la hora de redactar las opiniones relacionadas con los Estados latinoamericanos, la Secretaría de la CdV designa a los ponentes teniendo en cuenta el conocimiento del constitucionalismo de la región. Éstos se equilibran con otros que responden a otros criterios: procedencia de una pluralidad de áreas geográficas o experiencia en la materia objeto de la opinión[30]. Por eso, hay siempre entre los ponentes, miembros de otros países de la región y de España.

En las opiniones e informes relacionados con América Latina hay referencias a «estándares europeos» y sobre todo a «estándares internacionales». Por ejemplo, en materia judicial se dijo, en relación con Bolivia, que la independencia de los jueces, incluidos los constitucionales, forma parte de los «estándares de regulación del poder judicial en general, y en particular, para el ámbito europeo»[31]. Lo mismo ocurre con el Ministerio Fiscal de Bolivia[32]. Además, el «patrimonio constitucional europeo» se menciona expresamente en el *Informe sobre la limitación de mandatos de los Presidentes —Parte I*, vinculado al derecho de voto y los principios de la legislación electoral[33], aunque se suela aludir a «estándares internacionales» en vez de a «estándares europeos», como ha

[29] Vargas Valdez, José Luis, «The Venice Commission and Latin America». En Granata-Menghini, Simona, y Caga Tanyar, Ziya (eds.), *Venice Commission: Thirty years of Quest for Democracy through Law 1990-2020,* cit., p. 717.

[30] Grabenwater, Christoph, «Standard-setting in the spirit of the European Constitutional Heritage». En Granata-Menghini, Simona, y Caga Tanyar, Ziya (eds.), *Venice Commission: Thirty years of Quest for Democracy through Law 1990-2020,* cit., p. 267.

[31] Véase CDL-AD(2011)038, cit., párr. 9, donde cita el *Report on the independence of the judicial System, I -judges* CDL-AD(2010)004.

[32] Véase CDL-AD(2011)007, párr. 5, con citas al *Report on the independence of the judicial System, II -the Public Prosecutor's Office* CDL-AD(2010)040.

[33] CDL-AD(2018)010, párr. 97.

ocurrido en relación con México, en que, la mayoría de las veces, las opiniones citan el Código de buenas prácticas en materia electoral[34].

El énfasis en los «estándares internacionales (o generales)» en lugar de los «europeos» se explica no sólo por las contribuciones universales y regionales extraeuropeas a este patrimonio constitucional común[35] (en materia electoral, el aporte mexicano es relevante), sino también por el destinatario no europeo de las opiniones y algunas sensibilidades en la región. Esta opción se manifiesta también en el diálogo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la frecuente incorporación en las opiniones de la CdV de la doctrina de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La primera opinión sobre el cambio constitucional en Chile es una buena ilustración de esas aportaciones extraeuropeas en relación con los derechos humanos, el pluralismo cultural, los derechos indígenas así como la perspectiva de género[36].

3.2. Aportaciones de la Comisión de Venecia en la región

Las aportaciones de la CdV en sus informes relacionados con la región han contribuido a reforzar la democracia constitucional, la separación de poderes y las garantías constitucionales en los Estados lationoamericanos frente a las derivas autoritarias o populistas y la concentración de poder por parte del Presidente. Podemos señalar que algunos de estos informes se encuentran entre los más relevantes emitidos por la CdV referidos: 1) al equilibrio entre la identidad constitucional y nacional y los estándares comunes, 2) los principios que guían un proceso de reforma o cambio constitucionales, y 3) la separación de poderes y la independencia de los órganos autónomos.

En primer lugar, la CdV mantiene un equilibrio entre el respeto por las opciones constitucionales de cada país y sus tradiciones constitucionales y los estándares comunes. Este equilibrio puede apreciarse, por ejemplo, en la Opinión sobre el intento del Presidente de Perú de vincular las reformas constitucionales a la cuestión de confianza. La CdV advierte del peligro de afectar negativamente a los poderes del Congreso y de su carácter «inusual» en el Derecho comparado, pero se remite a la interpretación del Tribunal Constitucional: «La Constitución peruana no establece limitaciones explícitas

[34] CDL-AD (2002) 023 rev. Véase la primera opinión sobre reformes electorales CDL-AD(2013)021, que se refiere repetidamente a «international standards» (párrs. 12, 36, 42, 44, 51, 54, 67 y 68). A veces a «European standards» (párr. 37) y a veces a «universal and comparative standards» (párr. 58). Y la segunda opinión CDL-AD(2022)031 que solo se refiere a «international standards» (y también a veces a las mejores prácticas en la materia) (párrs. 6, 43, 46, 47 y 68).

[35] Tuori, Kaarlo, «From a European to a Universal constitutional heritage?», CDL-PI(2016)015, p. 3.

[36] Véase CDL-AD(2022)004 para el pluralismo cultural y jurídico en párrs. 83 y 87, para derechos de propiedad en párrs. 104-105 y perspectiva de género en párrs. 75-76.

respecto a los temas que pueden estar vinculados a una cuestión de confianza. Corresponderá al Tribunal Constitucional decidir si las propuestas de reforma constitucional pueden ser vinculadas a una cuestión de confianza. En el Derecho comparado, la vinculación de reformas constitucionales a una cuestión de confianza es inusual»[37].

Un límite a tener en cuenta a la hora de redactar una nueva constitución es el respeto a la tradición constitucional del propio país, ya que —dirá en la primera opinión sobre Chile—: «la Comisión de Venecia opina que las tradiciones jurídicas nacionales deben tenerse debidamente en cuenta a la hora de diseñar la nueva constitución». Y pone como ejemplo el bicameralismo[38]. Este significa pesos y contrapesos en el Poder Legislativo, además de la vinculación de la segunda cámara con la organización territorial en Estados descentralizados. La CdV muestra su deferencia con las opciones de cada país: «las cuestiones relativas a la estructura del poder legislativo pertenecen a un grupo de soluciones constitucionales en las que el ámbito de libertad de los Estados es muy amplio. De hecho, es difícil encontrar un estándar común europeo o internacional con respecto a la estructura organizativa del poder legislativo»[39]. Lo mismo cabe decir en relación con el control de constitucionalidad: «no hay estándar común europeo en relación a quien puede solicitar y las concretas modalidades de este control. Los Estados deciden, de acuerdo a sus propias tradiciones constitucionales y necesidades específicas, qué órganos, y hasta qué punto, están autorizados a realizar un control a priori y quién debiera tener el derecho a solicitarlo»[40]. Sin embargo, se muestra preferencia por la creación de un Tribunal Constitucional, como regla[41].

En segundo lugar, la CdV ha abogado por procesos de cambio constitucional consensuados con la oposición y con la participación de representantes de grupos sociales (Chile, Venezuela). En la última opinión sobre México, relativa a reformas constitucionales en materia electoral, la CdV expresó que cualquier cambio exitoso debe construirse sobre los siguientes elementos esenciales: consenso entre los partidos políticos, carácter inclusivo, transparencia, discusión pública y consultas con todos los actores relevantes[42]. La primera opinión sobre el cambio constitucional en Chile también insiste en esto, ya que «la nueva constitución deberá ser un documento unificador capaz de restaurar la confianza pública»[43]. La opinión sobre Perú alude a la ausencia de estándares internacionales sobre el proceso de reforma constitucional, aunque deba garantizarse el debate libre en el Parlamento: «Cada proceso de reforma constitucional es di-

[37] CDL-AD(2019)022, párr. 43.

[38] Véase CDL-AD(2022)004, párr. 21.

[39] *Ibid.*, párr. 33.

[40] *Ibid.*, párr. 56, citando la doctrina previa.

[41] *Ibid.*, párr. 57.

[42] CDL-AD(2022)031, párrs. 21 y 23. Véase también CDL-AD(2023)034, párr. 17 para Chile, CDL-AD(2017)024, párr. 18 para Venezuela y CDL-AD(2019)022, párr. 41 para Perú.

[43] CDL-AD(2022)004, párr. 19.

ferente, de ahí que los estándares internacionales no establezcan un plazo concreto en el que idealmente deberían debatirse y votarse estas reformas. No obstante, una deliberación democrática amplia requiere que el debate en el seno del poder legislativo y en la arena pública no se vea limitado de antemano por un calendario fijo o por restricciones al poder de reforma de los miembros del Parlamento (o Congreso) impuestas por el ejecutivo o el Presidente»[44].

En tercer lugar, la CdV ha defendido el principio de separación de poderes. Esto incluye, entre otros: 1) la limitación temporal de los mandatos del Jefe del Estado en los sistemas presidenciales o semipresidenciales: dos mandatos, por regla general[45]; 2) la independencia del Poder Judicial, garantizada por un Consejo Judicial independiente que «tenga una influencia decisiva en las decisiones sobre el nombramiento y la carrera de los jueces»[46]. La CdV ha elaborado una doctrina consolidada sobre la composición pluralista de dicho órgano, con al menos la mitad de sus miembros formada por jueces elegidos por sus pares y el resto, juristas elegidos por el Parlamento por mayoría cualificada de dos tercios; y 3) la autonomía del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno: «La Comisión de Venecia toma nota de la tendencia actual a organizar un Ministerio Fiscal más independiente, que no esté subordinado al Ejecutivo. La independencia externa es un elemento clave en las funciones del Ministerio Fiscal y conlleva la exigencia de no interferencia por parte del Ejecutivo en casos individuales que afecten al trabajo de los fiscales»[47].

Además, la CdV ha mostrado su preocupación por el uso de potestades presidenciales frente al Congreso en asuntos que son de la competencia de este. Así, en la reforma constitucional de Perú, todo proceso de reforma constitucional debe preservar el principio de separación de poderes y la exigencia de pesos y contrapesos entre el Presidente y el Congreso. La potestad del Presidente de vincular una cuestión de confianza a reformas constitucionales puede crear el riesgo de ser utilizada para alterar este equilibrio[48]. O en Venezuela, donde las normas para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente fueron promulgadas por el Presidente[49].

Finalmente, la CdV también ha defendido que sean órganos autónomos los que se encarguen de la organización y supervisión del proceso electoral, así como de la resolución de controversias en esta materia, como ocurrió en ambas opiniones sobre México. En 2013 la CdV apoyó las reformas constitucionales y legislativas en materia electoral:

---

[44] CDL-AD(2019)022, párr. 39.

[45] Véase CDL-AD(2018)010, párr. 96.

[46] CDL-AD(2022)004, párrs. 71-73, con referencia al *Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges* CDL-AD(2010)004-e, y otros documentos relacionados.

[47] CDL-AD(2011)007, párr. 11, que cita al *Report on the independence of the judicial System II -the Public Prosecutor's Office* CDL-AD(2010)040).

[48] CDL-AD(2019)022, párr. 44.

[49] CDL-AD(2017)024, párr. 75.

«La legislación tiene elementos positivos y ha evolucionado para introducir elecciones más libres y justas en México. En particular, la legislación electoral ha reforzado las facultades del IFE y del Tribunal Electoral, ha establecido mecanismos de fiscalización de la financiación pública de los partidos políticos, ha declarado la importancia de la libertad de expresión y ha distribuido tiempos iguales en los medios de comunicación entre los partidos políticos y ha garantizado una mayor presencia de las mujeres en la política mediante el establecimiento de cuotas»[50]. Al mismo tiempo, sugería algunas reformas concretas, de acuerdo con el Código de buenas prácticas en materia electoral y otros documentos relacionados[51].

En la Opinión de 2022, la CdV pide preservar los logros de la reforma anterior y advierte de los peligros de un retroceso. La CdV, en relación con las reformas mexicana en este ámbito, declaró la necesidad de garantizar la independencia de dichas autoridades o el principio de no regresión: «La Comisión de Venecia subraya que cualquier sistema electoral y administración electoral pueden ser mejorados; sin embargo, cambiar un sistema y especialmente una administración electoral que han funcionado bien requiere especial cautela; particularmente cuando el sistema y la administración actuales han garantizado la independencia, gozan de la confianza de la mayoría de los actores electorales y han demostrado ser capaces de asegurar varios ciclos electorales consecutivos con éxito. Es imperativo que las nuevas autoridades de gestión electoral y las jurisdicciones especializadas ofrezcan al menos las mismas garantías de independencia y sean capaces de ofrecer al menos la misma calidad del proceso electoral que sus predecesoras»[52].

La Opinión también hace referencia a los «estándares internacionales», en particular a aquellos reconocidos por la CdV: «Una mayoría cualificada en el Parlamento para designar a los comisarios electorales o a los jueces electorales es conforme a las mejores prácticas y a los estándares internacionales, tal y como se estipula en el Código de buenas prácticas en materia electoral»[53]. Por el contrario, «la elección de los miembros del INEC [Instituto Nacional de Elecciones y Referendos, que iba a sustituir al INE] y de los magistrados del Tribunal Electoral por votación popular no es coherente con las normas y mejores prácticas electorales existentes»[54]. Por último, otras cuestiones son de libre decisión de cada país, como el reparto de competencias: «No existen estándares sobre la distribución de competencias electorales entre las instituciones de nivel federal y estatal», aunque en un Estado Federal la descentralización sea la regla»[55].

[50] CDL-AD(2013)021, párr. 69.

[51] La Opinión de 2013 cita repetidas veces el Código de buenas prácticas en materia electoral, CDL-AD (2002) 23 rev, en relación con la libertad de expresión durante el proceso electoral (párr. 30) y elecciones (párr. 37), el rol de la prensa (párrs. 40, 41, 46), y minorías y grupos vulnerables (párr. 56).

[52] CDL-AD(2022)031, párr. 22.

[53] *Ibid.*, párr. 46.

[54] *Ibid.*, párr. 47.

[55] *Ibid.*, párr. 58.

4. Efectos de las Opiniones e Informes de la Comisión de Venecia

Los efectos de las opiniones e informes de la CdV en la región pueden clasificarse en tres grandes bloques, en función de su recepción por y del diálogo con: 1) las instituciones políticas de los Estados, 2) los Tribunales nacionales o regionales y 3) el mundo académico y la sociedad civil. Pero es difícil determinar dicha recepción ya que no siempre es explícita la atención a la CdV por los actores e instituciones.

En primer lugar, respecto a las instituciones políticas de los Estados afectados por las opiniones, suele haber poco diálogo y casi ningún efecto directo en los temas más sensibles, como ocurrió con los informes sobre la reforma constitucional o legal correspondiente (Venezuela 2017, Chile 2022 y 2023, México 2022). En otros casos, las opiniones pueden servir para respaldar sustancialmente las reformas incluyendo algunas recomendaciones específicas sobre algunos asuntos relevantes o bastante técnicos. En las opiniones sobre Bolivia se dijo expresamente: «La Ley [del Ministerio Fiscal] está redactada de manera coherente sobre la base de una serie de principios sólidos, entre ellos los derechos de las víctimas, la resolución alternativa de conflictos, la protección de los derechos humanos, el nombramiento permanente y el principio de transparencia»[56]. Con ello, se legitiman internacionalmente algunas medidas promovidas por el Ejecutivo, como ocurrió también con la persecución de feminicidios en México en 2005.

El caso mexicano es interesante: las opiniones de 2013 y 2022 versan, como se ha indicado, sobre reformas constitucionales y legales en materia electoral, y específicamente respecto del Instituto Nacional Electoral (INE o su antecesor el IFE) —encargado de la organización del proceso electoral— y del Tribunal Electoral del Poder Judicial, órgano de justicia constitucional especializado en materia electoral. En 2013 la CdV avaló el proyecto de reforma y, entre las reformas sugeridas, estaba la de reconsiderar la prohibición de la reelección de parlamentarios[57] y las inclusión de cuotas de género.[58] En la ulterior reforma constitucional de 2014 se eliminó la prohibición de reelección de autoridades, que solo se mantuvo para la presidencia (arts. 59, 115 y 116 de la Constitución). Por el contrario, en 2022, la CdV ha sido crítica con el proyecto de reforma propuesto por el presidente López Obrador ese mismo año, como se ha visto. Es difícil determinar en tal caso hasta qué punto pudo influir la Opinión de la CdV en la presión social contra la aprobación de la reforma constitucional y en el rechazo de la misma por el Congreso.

En segundo lugar, en lo que respecta a los Tribunales de Justicia nacionales y regionales, la CdV ha sido mencionada en sentencias de estas instituciones de forma más

[56] CDL-AD(2011)007, párr. 58. Similarmente en CDL-AD(2011)038, párr. 59, con una larga lista de recomendaciones en párr. 60.

[57] CDL-AD(2013)021, párr. 70.

[58] *Ibid*., párrs. 52-54.

regular. Podemos tomar como referencia los tres países con una presencia más activa en la CdV: México, Perú y Chile.

En México, las sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación citan frecuentemente como criterio de autoridad los informes de la CdV en materia electoral[59]. En los otros dos casos, Perú y Chile, los Tribunales Constitucionales han realizado algunas citas puntuales en sus sentencias a la doctrina de la CdV. En Perú, el Tribunal Constitucional se ha referido en dos ocasiones a algunas opiniones de la CdV: el *amicus curiae* solicitado por el Tribunal Constitucional peruano[60], y el *Report Respect for Democracy Human Rights and Rule of Law during States of Emergency – Reflections*[61]. Lo mismo ocurrió en Chile, donde el Tribunal Constitucional ha mencionado en cuatro ocasiones informes generales de la CdV: los informes sobre independencia judicial y el Código de buenas prácticas en materia electoral[62].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos aceptó las conclusiones del informe de la CdV sobre la inexistencia de un derecho derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la reelección del Presidente[63] .

Y tercero, con respecto a la academia y la sociedad civil, el interés por las opiniones de la CdV está creciendo entre los juristas de la región. En este último punto destaca la

---

[59] Vargas Valdez, José Luis, «The Venice Commission and Latin America». En Granata-Menghini, Simona, y Caga Tanyar, Ziya (eds.), *Venice Commission: Thirty years of Quest for Democracy through Law 1990-2020,* cit., pp. 728-729.

[60] En Exp. Núm. 01969-2011-PHC/TC, párrs. 46-52, citó la opinión CDL-AD(2011)041, *amicus curiae* solicitado a la Comisión por el propio Tribunal y resume el contenido del mismo.

[61] En la sentencia 6/2022, Exp. 00032-2021-Pl/TC, sobre la Cuestión de Confianza II, en la que declara la demanda «infundada» y cita en el voto conjunto mayoritario de Ferrero, Sardón y Blume (párr. 121) sobre la necesidad de un control parlamentario y judicial durante la vigencia de los estados de excepción. Véase CDL-PI(2020)005rev *Report - Respect for Democracy Human Rights and Rule of Law during States of Emergency - Reflections.*

[62] Sentencias 3421 y 3422 del 18 de diciembre de 2018 (ambas idénticas) invoca, en los considerandos 48 y 49, los dos *Reports on the independence of the judicial System, I -judges* CDL-AD(2010)004 (párrs. 22, 44, 46, 53 y 55) and *II -the Public Prosecutor's Office* CDL-AD(2010)040 (párrs. 30 y 69). También la sentencia 6735 del 2 de julio de 2019, considerando 19 de la disidencia de los jueces García, Hernández, Romero y Silva a la declaración de inconstitucionalidad menciona CDL-AD(2007)014 *Opinion on Video Surveillance in Public Places by Public Authorities and the Protection of Human Rights*, respecto de la compatibilidad del uso de sistemas de videovigilancia por parte de las autoridades públicas en lugares públicos con el derecho a la intimidad. Quizás la sentencia más importante a tener en cuenta es la núm. 2777 del 30 de marzo de 2015 sobre el proyecto de reforma del sistema electoral para la Cámara de diputados. La sentencia cita CDL-AD (2002)23, *Code of Good Practices in Electoral Matters*. En esta sentencia, la CdV es citada por las dos opiniones disidentes: véase el considerando 14 del voto de los jueces Aróstica, Brahm y Letelier, que defienden la inconstitucionalidad (en su parecer, de acuerdo a la CdV, habría un «margen tolerable» de un 10-15% para la desproporcionalidad en la distribución de los escaños por las circunscripciones) y el considerando 35 de la opinión disidente del juez Romero que defiende la inconstitucionalidad parcial del proyecto.

[63] Opinión Consultiva OC-28/21, 7 de junio de 2021solicitada por Colombia: «La figura de la reelección indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos», párrs. 100-102, 121, 136 y 143. La cita es realizada de los párrs. 10, 78, 79 y 117 del CDL-AD(2018)010 *Report on Term Limits - Part I - Presidents*.

primera opinión sobre el cambio constitucional en Chile.[64] En este caso, como en el de 2023, además se prestó una gran atención por parte de la opinión pública chilena respecto de ambas opiniones con la organización de seminarios por parte del Tribunal Constitucional, universidades y *think tanks*, además de repercusión en la prensa.

5. Comentario finales

La CdV ha tenido hasta ahora una presencia y una influencia limitadas en América Latina. En las páginas anteriores hemos tratado de ver las causas y también las aportaciones más relevantes que han tenido las hasta ahora doce opiniones emitidas relacionadas con la región, así como sus efectos en las autoridades políticas, tribunales, academia y sociedad civil. En general, hay coincidencia en valorar positivamente el papel desempeñado por la CdV en el fortalecimiento del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos en la región. Sin embargo, el origen europeo y los estándares procedentes del Viejo continente seguidos por la CdV han podido límitar su influencia en América Latina. Frente a ello, la CdV ha tratado de enfatizar el carácter internacional de los estándares comunes y vincularlos con las aspiraciones políticas y jurídicas de la región. Ello ha sido particularmente relevante en las dos opiniones sobre las dos propuestas de nueva constitución para Chile.

En la Opinión de 2022, la CdV establecer un diálogo con las visiones políticas e intelectuales de la región sobre los derechos de género y los pueblos indígenas, el Estado plurinacional o la pluralidad de sistemas jurídicos y jurisdicciones, tratando de acomodar los principios del constitucionalismo liberal democrático —y la tradición chilena— con las nuevas demandas sociales, y al mismo tiempo señalar los límites de la incorporación de estas últimas, con base en dichos principios. Un buen ejemplo de tal acomodación lo ofrece la posición frente a la inclusión en el proyecto de constitución de la Convención del pluralismo jurídico y cultural, así como de una jurisdicción indígena. Para CdV, dicha incorporación «debe entenderse como una estrategia constitucional legítima destinada a garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas de ese país sin perjuicio de la unidad e integridad del mismo», citando los

[64] CDL-AD(2022)004. Véase por ejemplo, VV.AA., «Editorial. Análisis de la propuesta de nueva constitución a la luz de principios del constitucionalismo», *Revista Chilena de Derecho,* 49, 2022*,* pp. XXVI y XXVII, respecto al pluralismo jurídico (con la opinión de los académicos de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile); Aldunate, Eduardo, y Salgado, Constanza, «Sistemas de Justicia, Consejo de la Justicia y Corte Constitucional: ¿son los cambios que se necesitan?», *Puntos de referencia, Política y Derecho,* 632, 2022, p. 12 (según los autores, casi 25 de las 27 recomendaciones formuladas por la CdV fueron atendidos, pero no la relativa a la composición del Consejo Judicial con mayoría de jueces); una visión diferente en IDEAPAIS: «Las recomendaciones olvidadas de la Comisión de Venecia» (2022), donde se explica que al menos cuatro recomendaciones no fueron recogidas: amplio acuerdo político, supresión del Senado, Consejo de Justicia y cuestiones de Derechos Humanos.

precedentes existentes al respecto en algunos países latinoamericanos, así como en Estados Unidos y Canadá. Pero dicha opción constitucional debería observar ciertos límites, a juicio de la CdV: 1) «respetar los derechos humanos reconocidos por el Estado chileno en su Constitución y en los tratados internacionales de los que es parte»; 2) «cumplir con el principio del Estado de Derecho, que exige algún grado de unidad y coherencia entre la jurisdicción indígena y la estatal»; y 3) promover un «sistema de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria»[65]. La CdV se sirve de la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en estas materias[66].

La CdV también manifiesta una visión crítica respecto del espíritu «refundacional» del proyecto constitucional de 2022, ajeno a la tradición constitucional chilena, proponiendo un enfoque equilibrado entre el respeto a las tradiciones jurídicas nacionales y las soluciones novedosas de la Convención Constitucional y señalando los riesgos de una visión unilateral: «la nueva constitución no existirá en un vacío histórico, jurídico y político y deberá operar en el contexto de la amplia cultura y tradiciones jurídicas que prevalecen en Chile (...) Prescindir totalmente de la cultura constitucional del país a la hora de diseñar la nueva constitución supondría el riesgo de crear un obstáculo para la comprensión, la aceptación y, sobre todo, la interpretación y la aplicación de las nuevas normas»[67].

A partir de lo expuesto hasta aquí, cabe plantearse cómo se puede fortalecer la presencia y la influencia de la CdV en América Latina. La premisa de tal enfoque es, a nuestro juicio, el efecto positivo de la participación de los países de América Latina en la CdV, en lugar de su ausencia y, en su caso, la creación de un órgano consultivo en materia constitucional específico en la región. La CdV se está convirtiendo en una organización activa reconocida en la creación de órdenes jurídicos transnacionales y de un constitucionalismo global[68]. La adhesión de Estados de diferentes áreas del mundo (Sur del Mediterráneo, Asia Central y Norteamérica, además de los latinoamericanos) va en esa dirección.

Una participación más activa de los Estados miembros de la región y nuevas adhesiones ayudarían a fortalecer la presencia de la CdV en América Latina. Para ello es importante la participación en las reuniones y actividades de la Subcomisión para América Latina, así como la implicación de la OEA en la solicitud de opiniones respecto a países de la región. Otra forma de reforzar la presencia podría ser la modificación parcial del perfil de los miembros de la CdV designados por dichos países. Como ocurre en otros Estados (por ejemplo, Francia o Italia) sería posible que los Estados latinoameri-

[65] CDL-AD(2022)004, párrs. 84, 85, 86 y 87.

[66] *Ibid.*, párrs. 83 y 87, notas al pie 97-98 y 101-102, particularmente IACHR. OEA/Ser.L/V/II. Derecho de autodeterminación de pueblos indígenas y tribales.

[67] *Ibid.*, párr. 21.

[68] Craig, Paul, «Constitucionalismo transnacional: La contribución de la Comisión de Venecia», *Teoría y Realidad Constitucional,* 40, 2017, p. 79.

canos designaran a un juez y a un académico, o bien a un miembro de organismos autónomos especializados en derechos humanos o elecciones. Esto incidiría en una mayor dedicación y en la ampliación de los asuntos en los que intervenir.

Además, nos parece necesario un mayor diálogo de la CdV con el mundo académico y jurídico de la región lationamericana sobre la vigencia y actualización de los principios de la democracia constitucional y el Estado de Derecho, en un momento en el que algunos de sus elementos están siendo discutidos por los populismos y los regímenes autoritarios: la relación entre los derechos individuales clásicos y los derechos colectivos, las consecuencias del Estado plurinacional sobre la unidad de las Repúblicas, o los efectos de los *checks and balances* entre las instituciones constitucionales de la limitación de mandatos presidenciales, el bicameralismo, la independencia del poder judicial o el control de constitucionalidad.

La CdV puede contribuir a una más desarrollada y eficaz protección y promoción del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos en la región latinoamericana, siendo un foro privilegiado para el diálogo en materia constitucional entre ambos continentes, entre sus comunidades jurídicas y sus instituciones políticas.

CAPÍTULO 39

SOBRE LOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO Y OTROS TÓPICOS PARLAMENTARIOS

Cecilia Mora Donatto
[Instituto Investigaciones Jurídicas (UNAM)]
Investigadora Titular Definitiva

1. Preliminar

Agradezco, en primer lugar, la invitación que me hizo Javier Matia, en nombre del Comité Organizador, para participar en este *Liber Amicorum* en homenaje a la doctora Paloma Biglino Campos. Mucho puede decirse sobre la amplia labor docente y de investigación que a lo largo de su fructífera carrera académica ha desarrollado, y seguirá realizado, nuestra homenajeada, hacemos muy bien en destacar la labor de una mujer excepcional y por ello felicito a quienes han ideado este merecido reconocimiento.

Decidí rendir homenaje a la doctora Biglino eligiendo, de su vasta obra, tres investigaciones que son referencia obligada y que me han sido de mucha utilidad en mi vida profesional y académica; el primero de éstos es su libro intitulado: *Los vicios en el procedimiento legislativo,* un trabajo que me gusta mucho y he disfrutado leer y releer, conocí el texto en mis años de estudiante en el doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid, con su pasta color verde botella daba testimonio de que su editorial era el Centro de Estudios Constitucionales, el libro me encantó. El segundo, su investigación sobre: *La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal;* y finalmente, su texto sobre: *La publicación de la Ley,* a los que aludiré más adelante.

Leí y me adentré primero en su obra y, posteriormente, en un seminario, conocí —en *la Escuela de Profesores de Derecho Constitucional*, que encabezaba el Maestro Don Francisco Rubio Llorente, donde predominaban los varones— a la autora, una mujer afable, amistosa e incluyente; era muy bueno ver un rostro de mujer: el de la Catedrática de la Universidad de Valladolid quien, además, sabía sonreír.

2. El libro y su contenido. Sinopsis

El libro, como lo adelanta su título, aborda un tema central de la función legislativa del Parlamento, analizando los excesos y las perversiones que se suelen presentar a lo largo del procedimiento de creación de normas con rango de ley, pero, al mismo tiempo, pone en el centro del análisis la relación entre el juez constitucional y el legislador, tema central del Estado Constitucional y de Derecho. La lectura la realicé en el contexto de un México en donde el presidente de la República lo era todo, el país de un solo hombre; era el titular del Ejecutivo, pero también el gran legislador y, no en pocas ocasiones, el juez supremo.

Controlar constitucionalmente la producción legislativa del Parlamento no siempre fue una constante en la historia constitucional, tuvieron que pasar muchos años y evolucionar los conceptos de ley y Constitución para que esto sucediera, una gran oposición a este tipo de control lo representó la teoría de los *interna corporis*, en Gran Bretaña, fundándose en el principio de soberanía de las cámaras. Desde esta perspectiva, si una norma legal era aprobada irregularmente correspondía, y aún hoy en día es así, interpretarla, corregirla o anularla al poder que la creó, esto es, al Parlamento; por tanto, mientras dicha ley existía debía aplicarse y nadie tenía capacidad para hurgar en la forma y manera en la que ésta había sido elaborada. Mucho menos un tribunal podía atribuirse la facultad de averiguar cómo se desarrolló el proceso de su creación. Estamos en la etapa de la Constitución flexible, el mundo del derecho iniciaba en la Ley y no en la Constitución y, por tanto, las omisiones, irregularidades o infracciones que se suscitaban durante el desarrollo del procedimiento son absolutamente irrelevantes, porque siempre habrá la posibilidad de ser convalidadas por el pleno del creador de la norma, es decir, del Poder Legislativo.

Tuvo que emerger el Estado constitucional y concebirse a la Constitución como norma jurídica para consolidar la idea de control de constitucionalidad de la ley, fue entonces cuando también cobraron relevancia las transgresiones, infracciones o vicios en el procedimiento de creación de las normas legales. Dotar de valor jurídico a la Constitución rompe con la tradición de inenjuiciabilidad de los actos más importantes del legislador, concretados en piezas legales. Estamos ya en la fase de la Constitución rígida en donde el ordenamiento jurídico comienza en la *norma normarum*.

Si bien el libro tiene como tema central los vicios que se presentan a lo largo del procedimiento legislativo es evidente que dichos tópicos, también, atraviesan de lleno a la Teoría de la Constitución, porque sitúan en su justa dimensión el *rol* del legislador en el Estado Constitucional y Democrático y a la ley, y su proceso de creación, frente al juez constitucional.

La doctora Paloma Biglino Campos reflexiona, en este texto, justamente sobre las distintas infracciones que pueden presentarse a lo largo del procedimiento de creación

de normas con rango de ley y de las soluciones que en diversos países (Gran Bretaña, Francia, Italia, España) se han ofrecido como mecanismos para controlar la constitucionalidad de las leyes. Abordando, asimismo, las normas que forman el parámetro de constitucionalidad y los retos pendientes por resolver. El experimentado análisis de la autora parte de las dos posturas más definidas sobre el problema; la primera considera que deben limitarse los casos de invalidez a la infracción únicamente de los preceptos constitucionales; la segunda, advierte que las contravenciones o el incumplimiento de normas reglamentarias (Ley Orgánica, diríamos nosotros) también pueden acarrear la invalidez de una norma; con ello se pone de manifiesto el carácter instrumental del procedimiento legislativo, esto es, la conexión entre procedimiento legislativo y principio democrático; de la ruptura de este vínculo devendrán, también, tales vicios.

Adicionalmente, ofrece una análisis sobre la capacidad del principio democrático para actuar como criterio delimitador de las infracciones procedimentales, examina cómo despliega su eficacia de principio general constitucional sobre las normas que rigen o regulan el ordenamiento parlamentario para precisar cuáles de éstas son las que concretan el principio democrático y constituyen reglas esenciales del procedimiento, condicionantes de la validez de la ley y así poder delimitar lo que debe entenderse por vicios de procedimiento, con el fin de excluirlos de otros tipos de infracciones formales.

No es mi intención hacer en estas líneas una glosa del texto, simplemente destacar los temas de mayor relevancia que impactaron en la formación de una joven mexicana, que pretendía, en su tesis doctoral, plantear diversas reformas al Congreso mexicano, tan carente de personalidad propia, antes como hoy. Un poder siempre mediatizado por la omnipotente presencia del presidente de la República.

Desde esta primera lectura, pensé que era necesario difundir el libro en México, no sólo por el análisis que en éste se hace de la ley y su forma de creación, sino por la importancia que en el mismo se da al pluralismo político, que apenas se asomaba en mi país, como pieza fundamental del Estado Democrático, pero, sobre todo, porque era urgente dejar atrás, el concepto de Constitución flexible —esto es, una Constitución que sexenio a sexenio se modificaba a solicitud del presidente de la República, para plasmar en ella su visión de país y de gobierno, que todavía hoy en día no acaba de desterrarse—, que permitiera un serio control de constitucionalidad de la ley emanada de los congresos, federal y estatales.

3. La pertinencia de la publicación de: Los vicios en el procedimiento legislativo en México

Esa primera inquietud de difundir este libro de la doctora Biglino en México, se la plantee, en un primer momento, cuando todavía era estudiante del doctorado, recuerdo

que sólo sonrío y me dijo, ya lo veremos más adelante, ahora, tu tema son las comisiones de investigación. Efectivamente, concluí mi tesis doctoral y regresé a un México, distinto al que dejé, con una oposición más sólida que al poco tiempo de mi llegada experimentaría, con el inicio del milenio, la primera alternancia en la presidencia de la República, se abría una etapa, hoy superada, que entonces se adjetivó como: «gobierno dividido». Más que nunca, a mi juicio, era necesario perfeccionar la labor legislativa de nuestro Congreso Federal.

Fue justamente, en Bogotá, Colombia, en el marco del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que se celebró en la Facultad de Derecho de la hermana Universidad Externado de Colombia, en septiembre de 2015, que volví a proponerle a la doctora Paloma Biglino que aceptara publicar su texto en una colección que, todavía hoy, coordino intitulada: *Temas de Democracia y Parlamento*, que coedita el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de México. Por aquel año nada nos hacía pensar que más adelante enfrentaríamos una pandemia que trasformaría, considerablemente, al mundo entero.

En esa ocasión su respuesta fue afirmativa, no sé si manifestar su consentimiento afirmativo se debió a que mi solicitud resultaba ya un tanto pesada o, quiero pensar, que en realidad se debió a que la convencí de la, efímera, importancia que estaba recuperando el Congreso en México; lo cierto es que aceptó y me di a la tarea de iniciar los trabajos para su coedición. Adicionalmente a las instituciones citadas anteriormente, también se sumó, para nuestra alegría, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, de España, del que, por cierto, nuestra homenajeada fue su directora. Incorporándose así a una serie de libros con los que se celebraron los 80 años de existencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas. El texto, desde luego, y a pesar de la pandemia por Covid-19, fue bien recibido, con enorme beneplácito por el foro jurídico mexicano y por los expertos en el ámbito del derecho parlamentario.

4. La actualidad del libro en el marco de la «tensa» relación entre el presidente de la República y la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El tema de los vicios en el procedimiento legislativo, en nuestro entorno, desde luego, que sigue vigente, en el prólogo de la edición mexicana advertía que, hasta ese momento, el año 2020, sólo habían sido enjuiciadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación normas emanadas de los Congreso Estatales y que la posición de la Corte iba cambiando «lenta y erráticamente»; pero, recientemente, han cobrado notoria importancia, como veremos a continuación.

En 2022, el presidente Andrés Manuel López Obrador presentó una iniciativa de reforma constitucional que tenía como objetivo reformar al Instituto Nacional Electoral (INE), al que correspondería dirigir el proceso electoral de junio de 2024, a dicha propuesta de reforma se le conoció como: «Plan A» del gobierno en materia electoral, no obstante, la reforma no se aprobó porque no alcanzó los votos suficientes en las cámaras del Congreso Federal. Como dicha reforma no fue posible, se presentó el conocido como: «Plan B» que consistía en una serie de reformas a leyes secundarias para modificar la estructura y funciones de los órganos electorales.

Dichas reformas fueron aprobadas durante el denominado: «viernes negro», es decir, el 28 de abril de 2023, cuando el Senado de la República, en su calidad de Cámara Revisora, aprobó, en una sede alterna al recinto que alberga la Cámara de Senadores y con la ausencia de la totalidad de los legisladores de la oposición, diversas modificaciones legislativas a las siguientes leyes: General de Instituciones y Procedimientos Electorales; General de Partidos Políticos; Orgánica del Poder Judicial de la Federación y General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral. Como se preveía, la oposición presentó diversas acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien no tuvo más remedio que invalidarlas por: «haber incurrido en graves violaciones al proceso legislativo». No era procedente, como la mayoría legislativa pretendió, en ese momento, que el Pleno de las cámaras convalidara los vicios en el procedimiento legislativo. El argumento central de la mayoría parlamentaria fue que los Ministros y Ministras carecen de la legitimidad que sí poseen los millones de votos que representan los legisladores del Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA), el problema estaba servido[1].

Frente al anterior escenario, nueve de los once ministros consideraron que: «el Congreso de la Unión incurrió en distintas violaciones graves al proceso legislativo que, en su conjunto, tienen potencial invalidante del decreto impugnado por la oposición y las minorías parlamentarias en las cámaras de senadores y de diputados»[2].

La posición de la Corte mexicana, parece que avanza más solidamente pues ahora cabría afirmar que son dos las causales que pueden declarar la invalidez de una norma por vicios en el procedimiento, a saber: *a)* cuando la dispensa de un trámite legislativo carezca de motivación; y *b)* cuando no exista un plazo razonable para que los integrantes de las cámaras conozcan el contenido de la propuesta que se va a discutir, esto es, «no se

[1] Otras propuestas presentadas por el presidente de la República, que corrieron la misma suerte, aunque por distintas razones, fueron la de la Guardia Nacional y la de la Industria Eléctrica.

[2] Acción de inconstitucionalidad 71/2023 y sus acumuladas (75, 89, 90 a 93) resueltas en la sesión del 22 de junio de 2023. Se trataba de una serie de reformas conocidas como el «Plan B», presentadas por el presidente Andrés Manuel López Obrador, para ser aplicadas en el proceso electoral del 2 de junio de 2024, que, entre otras cosas, proponían convertir al Instituto Nacional Electoral en Instituto Nacional de Elecciones y Consulta; reducir de 500 a 300 los diputados; así como que los consejeros electorales y los Jueces del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación fueran electos por voto popular.

puede deliberar algo que no se conoce». Ambas causales afectan o trascienden a los atributos de la democracia deliberativa y, por tanto, deben considerarse, a juicio de ese Alto Tribunal, transgresiones al procedimiento de creación de normas con rango de ley.

En este contexto, resulta indudable la vigencia y actualidad del libro de la doctora Biglino, en México y América Latina, y de eso dan cuenta el gran número de referencias, citas y consultas al mismo que siguen siendo recurrentes, pues se trata de un libro que no sólo se puede encontrar en versión impresa; sino, también, en versión electrónica tanto en el portal de la *Biblioteca Jurídica Virtual* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), como en el portal de la Cámara de Diputados.

Mientras las mayorías parlamentarias en México no logren superar la idea de legislar «al vapor» o por «obvia y urgente resolución» y las discusiones legislativas se desarrollen solo por determinados diputados integrantes de ciertos grupos parlamentarios, las violaciones al procedimiento legislativo continuarán dando trabajo a la Suprema Corte de Justicia. Aquí se encuentra, a mi juicio, el germen de la tensa relación que actualmente existe entre el presidente de la República y el Poder Judicial, que no se ha sabido enfocar de manera correcta. El Ejecutivo antes de confrontarse con la Suprema Corte de la Nación debe de cerciorarse y conocer, de primera mano, la forma en que los legisladores aprueban, reforman y modifican las leyes en el Congreso mexicano, que en muchas ocasiones se aprueban sin cumplir las reglas mínimas que impone la deliberación parlamentaria en una democracia representativa. Antes de querer reformar al Poder Judicial, México debería estar inmerso en una discusión seria y rigurosa de «su» Parlamento y plantear una reforma de amplio calado que lo convierta en el eje conductor de las reformas que demanda el país en materia de seguridad, salud, educación, etc., en el inicio de un nuevo gobierno.

Recuerdo que uno de los impedimentos que me argumentó la doctora Biglino Campos, para la publicación del texto en México, fue que se trataba de un libro publicado en 1991 y que quizás carecía de actualidad; apreciación que, desde luego, no compartí, todo lo contrario, los planteamientos que en él se hacen, para el caso mexicano, como hemos visto, siguen vigentes. Hoy todavía son válidos y evidencian las contribuciones de un texto de esta naturaleza, pues su contenido constituye una teoría general que aborda problemas que afectan a diversos Estados Constitucionales, entre ellos México. El Derecho positivo y la jurisprudencia constitucional que en él se cita, permiten plantear los problemas y abrir paso a las soluciones a través de la aplicación de principios generales al *iter* parlamentario de la ley.

5. Otros tópicos de Derecho parlamentario

No es solamente el libro sobre *Los vicios en el procedimiento legislativo* un texto al que suelo recurrir con frecuencia; nuestra homenajeada, afortunamente, ha sido prolífica en su obra; otro texto que se ha convertido en referencia obligada para los parlamentaristas en México[3] y, desde luego, en España, es su investigación sobre: *La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal*, un tema que, de alguna u otra manera tiene, también, relación con el procedimiento legislativo, pero se encuentra mucho más cercano al ejercicio de los instrumentos conocidos como de democracia directa[4].

La iniciativa legislativa popular en México se reguló especialmente en el ámbito de las Entidades Federativas y en la esfera local del entonces Distrito Federal. En virtud de que este espacio territorial, que fue el asiento de los poderes federales, no contaba con un Congreso; por ello, el Constituyente Permanente, creó un órgano conocido como Asamblea Legislativa del Distrito Federal frente a la cual y, de acuerdo con el artículo 46 del entonces Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, una especie, *sui generis*, de Constitución, los ciudadanos de la capital del país podían presentar iniciativas legislativas populares respecto de materias en las que ésta tuviera competencia, siempre que dicha iniciativa estuviera apoyada por un mínimo del 1% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral de dicho distrito. Una vez aceptada la iniciativa legislativa popular se sometería al trámite legislativo previsto en la Ley Orgánica de dicha Asamblea.

Aunque la figura existió durante los años 90 del siglo pasado, en la Ciudad de México, se trató más de una posibilidad que de una realidad, el número de electores que se propuso fue realmente alto para esos años, y el Distrito Federal seguía teniendo una lógica de sumisión a la figura del presidente de la República, pero fue, tal vez, uno de los principales instrumentos mediante el cual inició el intento democratizador de la capital del país.

Mucha mayor discusión provocó en 2012, ya en el México del siglo XXI, la incorporación de la figura de la iniciativa legislativa popular, a la Constitución Federal, mediante reforma al artículo 71, que adicionó una fracción IV que señala como derecho para iniciar leyes o decretos a los ciudadanos en un número equivalente por lo menos al 0,13% de la lista nominal de electores, reforma que supuso, en el caso mexicano, el quiebre del sistema tripartita de sujetos que pueden presentar iniciativas de ley[5], tradicional en nuestra historia constitucional, por el que se reconocía el derecho a impulsar

[3] Texto que forma parte de la blibiografía citada en la voz: «Iniciativa legislativa popular» que elaboré para el *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Porrúa, Tomo I-O, 2001, pp. 2045-2049.

[4] Aunque la doctora Biglino señale en su texto que H. Kelsen y C. Schmmit le reconocen una estructura peculiar.

[5] La doctora Biglino Campos alude al sistema dual para el caso español.

el procedimiento legislativo, al presidente de la República, a las cámaras y a las Legislaturas de los Estados. Durante la tramitación parlamentaria, de esta reforma constitucional, diputados de diversos partidos eran mis alumnos y al solicitarme referencias sobre el tema, uno de los textos que puse a su alcance fue, justamente, el trabajo de la doctora Biglino.

Más recientemente, en 2017, y en el contexto de la aprobación de la Constitución de la Ciudad de México, sucedió lo mismo, los constituyentes y asesores que me consultaron sobre el tema recibieron la misma referencia bibliográfica. Hoy también, esa *sui generis* Constitución que regula a la Ciudad de México, recoge dicha figura en un largo artículo 25 que la denomina iniciativa ciudadana y la concibe como un derecho para iniciar leyes y decretos y la extiende a la posibilidad de plantear reformas a la Constitución ante el Congreso de la Ciudad de México. Dichos proyectos deben contar con las firmas de al menos el 0.13% de las personas inscritas en la lista nominal de electores de la Ciudad, el mismo porcentaje que se estableció a nivel federal, correspondiendo al Congreso de la Ciudad de México resolver sobre la procedencia de la solicitud en un plazo no mayor de quince días hábiles.

Además de la anterior posibilidad, la Constitución de la Ciudad de México prevé una especie de iniciativa ciudadana preferente al señalar que:

> «Tendrá el carácter de preferente aquella iniciativa que cuente con al menos el cero punto veinticinco por ciento de las firmas de las personas inscritas en la lista nominal de electores de la Ciudad y que sea presentada el día de la apertura del periodo ordinario de sesiones».

En este contexto resultan explicables los límites impuestos a esta figura por el Constituyente, ya que la iniciativa ciudadana no procederá en materia penal, tributaria y en ninguna materia que contravenga los derechos humanos.

El tema de la iniciativa legislativa popular sigue siendo de actualidad, quizás, como afirma Biglino, el autor que la ha definido con mayor precisión ha sido Schmitt quien la considera como «uno de los procedimientos legislativos de la democracia directa que conduce a que el acuerdo de la ley tenga lugar bajo la cooperación directa de todos los ciudadanos con derecho a voto». No obstante, el mismo autor enfatiza el carácter extraordinario de dicha figura pues la supone prácticamente imposible como un mecanismo normal u ordinario de creación legislativa en un Estado moderno.

Ambas reformas en el caso mexicano no se han ejercido con regularidad y por tanto, no ha existido ocasión de ejercer los requisitos de su tramitación parlamentaria; pero sin duda, abren una etapa de involucramiento de los ciudadanos en las decisiones legislativas, tanto del país como de la Ciudad de México, y en gran medida dicha iniciativa ciudadana se concreta en un instrumento que pretende dotar de contenido material al

ideal democrático y convertir a los ciudadanos en sujetos activos de la participación en las decisiones políticas que deben pasar por el Parlamento. No obstante, también es válida la apreciación que nuestra autora hace en su texto al advertir que, aunque se regula dicho tipo de iniciativa no siempre se configura como: «un derecho subjetivo ni se articulan los cauces concretos a través de los cuales pueda ejercitarse», tal vez una segunda etapa de este tipo de derechos sea, justamente, la de generar mecanismos que los doten de eficacia.

Otro tema al que nuestra homenajeada ha dedicado inteligentes reflexiones que, también, podemos circunscribir dentro del procedimiento legislativo es el de: *La publicación de la ley,* un libro, editado por Tecnos, en donde se abordan todos aquellos aspectos que tienen que ver con esa delicada etapa del proceso, es decir, con la incorporación del texto de la ley —aprobada por las cámaras, sancionada y promulgada— al mundo del derecho, o si se prefiere al ordenamiento jurídico correspondiente.

En México, este tema tampoco ha sido pacífico, junto con la sanción y la promulgación, el presidente de la República debe proceder a la publicación de la ley. La promulgación en el derecho mexicano incluye la obligación de publicar la norma jurídica, como medio del que se vale el poder público para dar a conocer la nueva ley a todos los ciudadanos. La publicación de las leyes se realiza en el *Diario Oficial de la Federación*, órgano de difusión del Estado[6].

Justamente porque esta facultad recae en el titular del Ejecutivo, en ocasiones era éste el que decidía, libre y arbitrariamente, no ordenar la publicación de una ley que le parecía incomoda. A esta situación se le llamó «románticamente» en la doctrina veto de bolsillo.

En la práctica, el presidente «guardaba en el bolsillo» (*pocket veto*) un proyecto de ley, ignorando que le había sido remitido. Como es fácil inferir, esta situación era más que un veto; se trataba de una costumbre perniciosa que convertía al Legislativo en rehén del Ejecutivo. Este hecho que no en pocas ocasiones se presentó en nuestro procedimiento de creación de leyes, empezó a cuestionarse fuertemente a través de diversas iniciativas de reforma constitucional, que no prosperaron.

Correspondió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolver la controversia 78/2003 promovida, en ese año, por el gobernador de Aguascalientes, Felipe Gónzalez Gónzalez, contra la Cámara de Diputados de la entidad, mediante la cual los 11 ministros concedieron, por unanimidad, la razón a los legisladores locales, declarando la validez del artículo 32 de la Constitución de Aguascalientes en el que se autoriza al Legislativo de la Entidad a publicar leyes cuando el Ejecutivo local se niegue a realizar ese trámite. Con dicha resolución se sentó un precedente para terminar con el llamado

[6] La Dirección General del *Diario Oficial de la Federación* se encuentra en el ámbito de competencias de la Secretaría de Gobernación y en el caso de las Entidades Federativas sucede lo mismo, depende de la Secretaría de Gobierno, esto es, bajo las competencias de los poderes ejecutivos (federal y estatales).

«veto de bolsillo», al que comúnmente recurrían los titulares del Ejecutivo (federal o locales) cuando existían confrontaciones políticas con diputados de oposición.

Si bien se trató de un asunto meramente local, sirve para ilustrar la intención del máximo tribunal, de que el procedimiento legislativo no se vea entorpecido por la voluntad de los poderes ejecutivos. De tal manera que una ley aprobada, democráticamente por el Congreso sea incorporada al ordenamiento jurídico sin ningún tipo de obstáculo.

Posteriormente, y teniendo como referente el anterior contexto, se presentó la reforma al inciso *b)* del artículo 72 de la Constitución federal, en 2011, para quedar de la manera siguiente:

> «b) Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción; vencido este plazo el Ejecutivo dispondrá de diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto. *Transcurrido este segundo plazo, la ley o decreto será considerado promulgado y el presidente de la Cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación en el Diario Oficial de la Federación, sin que se requiera refrendo*. Los plazos a que se refiere esta fracción no se interrumpirán si el Congreso cierra o suspende sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse a la Comisión Permanente.

A partir de esta reforma, han cesado los casos de parálisis en la promulgación y publicación de los proyectos remitidos al Poder Ejecutivo, una vez que son aprobados por el Congreso. Con el establecimiento de los plazos en el inciso *b)* del artículo 72 constitucional, se dio mayor certeza a la fase integradora de la eficacia normativa en nuestro derecho y con ello, desde luego, se tendrá más confianza en la conclusión correcta y adecuada del procedimiento legislativo. Para la sustanciación de dicha reforma constitucional, también, fui espectadora privilegiada de que el texto de la doctora Biglino fue referente durante la tramitación parlamentaria.

6. Colofón

A lo largo de estas líneas he dejado de manifiesto que la doctora Paloma Biglino Campos ha sido, de manera imperceptible para ella, estoy segura, mi mejor Maestra de Derecho Parlamentario, he aprendido de su vasta obra y disfruto mucho leer sus trabajos en la materia, así como, sus investigaciones en otras áreas del conocimiento jurídico, como es el caso, también, de su más reciente texto, al menos reciente para mí, que lleva por título: *Retos a la libertad y Estado constitucional*, que igualmente me ha sido de mucha utilidad en mis clases de licenciatura, en los cursos que imparto en la Cámara de

Diputados y en el Senado de la República, así como en seminarios y tesis que, recientemente, he dirigido.

La doctora Biglino, fue parte del tribunal que juzgó mi tesis sobre las comisiones de investigación, en el ya lejanísimo año de 1998, siempre le estaré agradecida, por la lectura y las observaciones que me hizo y que, sin duda, enriquecieron ese trabajo para su publicación por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Cámara de Diputados.

Concluyo como inicié, me honra, mucho, participar en este merecidísimo *Liber Amicorum*. En este texto he intentado, y espero haberlo logrado, hacer una exaltación de algunos de los trabajos que conforman la extensa y muy valiosa obra escrita de nuestra homenajeada, un referente obligado para quienes investigamos y enseñamos sobre temas del Parlamento; pero, sobre todo, he querido hacer un reconocimiento a la calidad humana y a la gran persona que es Paloma.

Finalmente, quisiera reconocer y agradecer a la mujer académica, al referente femenino, que fue abriendo brecha para que otras, entre las que me cuento, accediéramos con mayor decisión a lugares que antes, eran propios de varones. Reza el estribillo de una canción popular mexicana, de Gloria Marín, que lleva por título *Mujer* y que popularizó, en el México de los años setenta, Amparo Ochoa:

> *«Mujer si te han crecido las ideas,*
> *de ti van a decir cosas muy feas ...,*
> *que si tal cosa ...,*
> *que cuando callas te ves mucho más hermosa»*.

Asumiendo el riesgo, quiero concluir diciendo: Gracias Paloma, por contribuir a que crecieran mis ideas.

CAPÍTULO 40

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA: UN ANÁLISIS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Paula Robledo Silva
(Universidad Externado de Colombia)
Docente e investigadora

1. A manera de introducción

Conocí a la maestra Biglino hace un poco más de dos décadas. Primero, como profesora invitada a nuestra Universidad, el Externado de Colombia —y digo nuestra, porque estoy convencida de que la profesora Biglino, como muchos otros visitantes asiduos, también la reconocen como su casa. Después, como catedrática de la Universidad de Valladolid, donde tuve el honor de hacer mi doctorado y ser su discípula.

Cuando le hablé a la profesora Biglino de mi interés por la organización territorial y, concretamente, por la autonomía municipal, de inmediato, me dio una gran lista de autores italianos y españoles que debía leer para entender el concepto de autonomía territorial y, por supuesto, para tratar estudiar esta categoría en el marco del Estado Unitario, que es Colombia, a diferencia de lo que sucede en el Estado Regional italiano, o en el Estado Autonómico español.

Recuerdo mi vida como estudiante en España con emoción y nostalgia, pero, sobre todo, con profundo agradecimiento, al Externado por haberme otorgado una beca de estudios que me permitió continuar mi proceso de formación; a la Universidad de Valladolid y sus docentes del área de Derecho Constitucional que me recibieron como un miembro más de ese maravilloso grupo de juristas; y, sobre todo, a la profesora Biglino, quien con paciencia guió mi investigación y me invitó a reflexionar sobre la autonomía territorial, no como un compartimento estanco; por el contrario, siempre en diálogo con otros principios constitucionales, como por ejemplo, la separación de poderes y el principio democrático.

La carrera como catedrática e investigadora de la profesora Biglino, en mi opinión, ha estado marcada, entre otras cosas, por su destreza para escribir con la mejor pluma

sobre distintas temáticas del derecho constitucional y establecer relaciones entre ellas, como, por ejemplo, y sólo por mencionar algunas: el federalismo y el debate competencial[1]; el procedimiento legislativo[2], la igualdad y la paridad de derechos[3], el control al poder público[4], la participación política y los regímenes electorales[5] y de manera más reciente, la independencia judicial en el seno de la Unión Europea.

De manera, probablemente inconsciente, mi devenir profesional en Colombia ha coincidido también con estos temas, no solo como docente e investigadora, sino en el ejercicio de la función pública por quince años. De allí que no sea ajena las preocupaciones que la profesora Biglino ha resaltado y estudiado en sus diversas investigaciones. También por eso, quisiera aprovechar esta invitación que me han hecho los profesores Manuel Aragón, Juan José Solozabal y Francisco Javier Matia para hacer eco a los trabajos más recientes de la profesora Biglino sobre independencia judicial[6], pues si bien es

[1] Biglino Campos, Paolma, «Cataluña, federalismo y pluralismo político», *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 37, 2016; Biglino Campos, Paloma, *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007; Biglino Campos, Paloma, y Mapelli Marchena, Clara, *Garantías del pluralismo territorial,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

[2] Biglino Campos, Paloma, *Los vicios del procedimiento legislativo,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Biglino Campos, Paloma, *La publicación de la Ley,* Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

[3] Cfr. Biglino Campos, Paloma, «Las mujeres en los partidos políticos: representación, igualdad y cuotas internas». En *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; Biglino Campos, Paloma, «Acerca de la Constitucionalidad de las cuotas paritarias». En *XXV Aniversario de la Constitución Española, Propuestas de Reforma*, Servicio de Publicaciones Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, CEDMA, 2004; Biglino Campos, Paloma, «Reforma de los Estatutos de Autonomía y democracia paritaria». En Feixes Sanjuán, T., y Sevilla Merino, J. (coord), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomia*, INAP, Madrid, diciembre 2005.

[4] Cfr. Biglino Campos, Paloma, «El tribunal de cuentas como garantía del Estado social, del Estado democrático y del Estado de Derecho», *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 44, 2019; Biglino Campos, Paloma, «El control de cuentas: un contenido necesario de la reforma constitucional». En Freixes San Juan, T., y Gavara de Cara, J. C., *Repensar la Constitución, ideas para la reformad de la Constitución de 1978,* BOE, Madrid, 2016; Biglino Campos, Paloma, «No es sólo la representación, sino también es el control». En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Tomo IV,* Universidad Autónoma de México, México, 2015.

[5] Cfr. Biglino Campos, Paloma, «Unión Europea y participación política en los Estados miembros: un panorama con claroscuros». En Dueñas Castrillo, A. I., y Macho Carro, A., *La influencia de los tratados europeos sobre derechos humanos en la participación y representación política,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; Biglino Campos, Paloma, «La reforma de las elecciones: cambios en el sistema y en el procedimiento». En Arroyo Gil, A., y De Sande Pérez-Bedmar (dirs.), *Reformas necesarias. Un nuevo impulso a la modernización del Estado. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 21, 2019; Biglino Campos, Paloma, «Crisis de la Representación, legitimación de ejercicio y responsabilidad de los poderes públicos», *Revista de Derecho Político,* núm. 100, 2017; entre otros.

[6] Cfr. Biglino Campos, Paloma, «Garantizar la independencia de los jueces nacionales, una estrategia de la Unión para frenar el avance del populismo». En Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *La garantía jurisdiccional de la constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, CEPC, Madrid, 2023; Biglino Campos, Paloma, «Los estándares europeos sobre la elección de los consejos judiciales», *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 38, 2023, y Biglino Campos, Paloma, «Retos a la independencia judicial». En Valadés, Diego, y Tudela Aranda, José (coords.), *Derecho constitucional del siglo xxi: desafíos y oportunidades,* Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2023.

una preocupación que ha crecido durante la última década en Europa, en América Latina se ha mantenido latente desde hace décadas.

De hecho, esto se explica en buena medida a raíz del contexto histórico y político de América Latina. Si bien es cierto, ambas regiones —América Latina y Europa— vivieron tiempos convulsos durante el siglo XX, los procesos jurídicos y políticos fueron diferentes. Mientras que durante la primera mitad del siglo XX en Europa se atravesaban tiempos de guerra, en América Latina, existía cierta estabilidad[7]; durante la segunda mitad del siglo América Latina empezó a atravesar una ola de transformaciones constitucionales importantes en buena parte de la región[8]. Países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela experimentaron importantes cambios en sus regímenes constitucionales entre 1950 y el año 2000; y otros, como Bolivia y Ecuador, en la primera década del siglo XXI.

En el marco de estos cambios, uno de los principales temas era la separación de poderes y con ello, por supuesto, la independencia judicial. No podemos pasar por alto que, la independencia de la mayor parte de estos países de la región había sido alcanzada apenas en el siglo anterior, y que, con todo y ello, algunos de estos países vivían o habían atravesado ya escenarios de autoritarismo: Nicaragua, con los Samoza; República Dominicana con Trujillo, y después con la Junta Militar; El Salvador con Castañeda Castro y después con la Junta Militar; Venezuela con Suárez Flamerich y Pérez Jiménez; Cuba con Batista y después con Fidel Castro, Colombia con Rojas Pinilla, Paraguay con Stoessner; Guatemala con Castillo Armas, Fuentes, Azurdía, Osorio, Laugereud y García; Argentina con Aramburu, Ongonía, Lanusse y la Junta Militar de Videla; Brasil con la Junta Militar de la Quinta República Brasileña; Bolivia con Barrientos y Banzer, entre otros; Haití con los Duvalier, Perú con Alvarado y Bermúdez; Panamá con Torrijos y Noriega; Uruguay con Bordaberry, Méndez y Álvarez, Ecuador con Rodríguez Lara y después la Junta Militar; y Chile con Pinochet.

A modo de ejemplo, es posible traer a colación el caso de Colombia, en el que la separación de poderes y, en particular, el control judicial sobre los demás poderes ocuparon un papel protagónico que al momento de aprobar la Constitución de 1991. Lo que se había experimentado en Colombia con el abuso del estado de sitio, y la forma en la que esto se convirtió en una regla de gobierno, aún superada la dictadura de Rojas

[7] Prieto-Ríos, Enrique, y Rivas-Ramírez, Daniel, «Foreign companies in the Americas during the first half of the 20th Century». En Obregón Tarazona, Liliana; Betancur-Restrepo, Laura; Amaya Castro, Juan Manuel, y Quiroga-Villamarín, Daniel Ricardo (eds.), *The Oxford Handbook of International Law and the Americas*, Oxford University Press, Oxford, 2024.

[8] Herrera, Juan Camilo, y Acosta-Alvarado, Paola Andrea, «International and Constitutional Law in the Americas». En Obregón Tarazona, Liliana; Betancur-Restrepo, Laura; Amaya Castro, Juan Manuel, y Quiroga-Villamarín, Daniel Ricardo (eds.), *The Oxford Handbook of International Law and the Americas*, Oxford University Press, Oxford, 2024.

Pinilla, reafirmó la necesidad de contar con controles judiciales en cabeza de un poder autónomo e independiente[9].

Sin embargo, este no ha sido el único factor que explica el particular interés que ha habido desde hace décadas por la defensa y reivindicación de la independencia judicial en América Latina. Los procesos y escenarios que han marcado la historia contemporánea de esta región también han exigido fortalecer la independencia judicial, no solo ante las presiones del poder público y el populismo; sino también, frente a poderes extraestatales que amenazan con injerir en las decisiones de los jueces y, por supuesto, la corrupción. Ejemplos de ello son los grupos armados al margen de la ley[10], el narcotráfico y en algunos casos, las élites económicas. Lamentablemente Colombia también ilustra estos escenarios.

Así, la independencia judicial se ha visto amenazada hasta el punto que existió durante un tiempo (justo cuando entró en vigor la nueva Constitución en 1991), un mecanismo excepcional, extraordinario y transitorio de justicia «sin rostro», en la que los jueces podían, por razones de seguridad, mantener oculta su identidad[11]. También por situaciones de corrupción como el escándalo denominado el «Cartel de la Toga», en el que algunos magistrados de las altas cortes resultaron investigados y condenados[12].

Estos dos hechos, bien podrían servir para la ilustrar lo que ha sucedido en los últimos 20 años de manera general en la región y de esto ha dado cuenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al reconocer los riesgos a la independencia judicial, no solo en Colombia[13]; sino también en Perú[14], Venezuela[15], Guatemala[16], El Salvador[17], Honduras[18], Bolivia[19], Nicaragua[20], Haití[21], Brasil[22], México[23],

[9] Umaña Hernández, Camilo Eduardo, y Rivas-Ramírez, Daniel, «De la excepción a la regla: la excepcionalidad como forma de gobierno en Colombia (1961-2022)», *Oñati Socio Legal Series,* 13, 2, 2023.

[10] Para trabajos que estudian específicamente este tipo de injerencia, véase, por ejemplo: Burgos Silva, Germán, «Actores armados ilegales e independencia judicial en Colombia», *Novum Jus,* 4,1, 2010.

[11] Se trata del Decreto 2700 de 1991 y las normas relacionadas con su artículo 158, que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-393 de 2000.

[12] Sobre la penetración de la corrupción en la Corte Constitucional se puede ver, por ejemplo: Carvajal Sánchez, Bernardo, y Robles Ustáriz, Andrea, «La pugna entre legitimidad y corrupción: el caso de la Corte Constitucional colombiana». En Henao, Juan Carlos, y Zárate Pérez, Aníbal, *Corrupción en Colombia,* Tomo 4*,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

[13] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2004, 2007, 2008, 2009.

[14] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2005, 2009, 2011, 2014, 2017, 2018, 2019.

[15] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2006, 2007, 2009, 2011, 2014, 2017.

[16] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2007, 2008, 2009, 2012, 2013, 2014, 2015, 2017, 2019.

[17] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2007, 2012, 2013, 2018.

[18] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2007, 2008, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015.

[19] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2007, 2009, 2013, 2015, 2017, 2018, 2020.

[20] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2008, 2009, 2012, 2019, 2020.

[21] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2008, 2011, 2020.

[22] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2008.

[23] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2009 y 2017.

Costa Rica[24], Chile[25], Cuba[26], Ecuador[27], Argentina[28], Uruguay[29], Paraguay[30], Trinidad y Tobago[31]. Además, de manera reciente, en su informe temático sobre corrupción y derechos humanos, la CIDH hizo énfasis en que la independencia judicial es vital para hacer frente a la corrupción en los países de la región. Sin embargo, sobre esto volveremos más adelante.

Como lo señala la profesora Biglino en relación con el contexto europeo, en América Latina también ha habido diferentes centros nacionales y regionales desde los que se ha promovido, cada vez con mayor fuerza, la independencia judicial en la región; que para muchos es víctima de prácticas populistas. Por esta razón, este escrito pretende, de forma esquemática y breve, analizar los estándares internacionales que rigen respecto de la independencia judicial y, en particular, y gracias al efecto jurídico directo que tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) en la mayoría de los Estados de la región, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como herramientas para proteger este principio fundamental del Estado social y democrático de Derecho en América Latina.

2. La independencia judicial en América latina: el marco jurídico internacional

A nivel internacional son múltiples las fuentes normativas que revindican la importancia de la independencia judicial y la desarrollan como un derecho de las personas, pero también como un deber de los Estados. Dentro de estas se observan al menos tres grandes grupos: (i) los tratados internacionales del sistema universal de derechos humanos, (ii) las demás normas de derecho derivado y *soft law* que han sido producidas al interior de las Naciones Unidas y (iii) los tratados internacionales regionales.

En el primer grupo, es decir, los tratados internacionales, están la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 10 establece como un derecho universal de las personas, ser oído en condiciones de igualdad por un tribunal independiente e imparcial. En esa misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14 establece el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. De manera análoga, también están: la Conven-

[24] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2009 y 2020.
[25] Véanse, por ejemplo los periodos de sesiones de los años: 2009, 2014 y 2017.
[26] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2009.
[27] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2009, 2014, 2018 y 2019.
[28] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2015.
[29] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2017.
[30] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2012 y 2017.
[31] Véanse, por ejemplo, los periodos de sesiones de los años: 2019.

ción sobre los Derechos de los Niños (art. 37), la Convención para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (art. 18); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 11) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 13).

Es importante anotar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que «la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna»[32]. Así mismo, que cuando se habla de independencia se hace referencia a la existencia de un procedimiento y requisitos para el nombramiento de jueces, así como de garantías de seguridad en el cargo, y la independencia efectiva respecto de las demás ramas del poder público.

En el segundo grupo, es decir, dentro de las demás normas de derecho derivado y *soft law* de Naciones Unidas se encuentran: los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados en 1985; los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, adoptados en julio de 2006; las Resoluciones 44/8, 35/12 y 23/6 del Consejo de Derechos Humanos (CDH) sobre independencia e imparcialidad de la judicatura, jurados y asesores y la independencia de abogados, aprobadas en julio de 2020, junio de 2017 y junio de 2013, respectivamente; la Resolución 25/4, también del CDH, sobre la integridad del sistema judicial y los insumos desarrollados por UNODC para la interpretación e implementación de los principios de Bangalore.

Por último, en el tercer grupo, están los instrumentos normativos de orden regional que contemplan la independencia judicial como derecho o como principio. En el escenario europeo, como lo ha señalado la profesora Biglino en varios de sus trabajos, se encuentra principalmente en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. También en la Carta Europea sobre el estatuto de los jueces y varias recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa[33] y al menos tres informes de la Comisión de Venecia[34]. En cambio, en América Latina la independencia judicial se encuentra prescrita como un derecho humano a través del artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[32] CCPR/C/GC/32. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 32, 23 de agosto de 2007, pár. 19.

[33] Recomendación CM/REC(2021)11, sobre el rol de la fiscalía por fuera del sistema de justicia penal; Recomendación CM/REC(2010)12 sobre la independencia, la eficiencia y las responsabilidades de los jueces; Recomendación REC(2000)19 sobre el rol de la fiscalía por fuera del sistema de justicia penal; y la Recomendación REC(2000)21 sobre la libertad de ejercicio de la profesión de la abogacía.

[34] Informe sobre la independencia del sistema judicial (2010); Informe sobre los estándares europeos sobre la independencia del sistema judicial (2010) y el informe sobre citaciones judiciales (2007).

3. El papel de la Convención Americana en los sistemas jurídicos de la región

Los contextos europeo y americano distan sustancialmente en cuanto a los procesos de integración regional, por esta razón es importante hacer algunas precisiones que permiten comprender la especial relevancia que tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la construcción de un *ius constitutionale commune* en toda la región. A diferencia de lo que ocurrió en Europa, donde existe un proceso avanzado de integración regional, en las Américas no sucede lo mismo. Si bien se cuenta con la Organización de Estados Americanos, esta no cumple con las características de un proceso de integración regional propiamente dicho. Por el contrario, a lo largo del territorio americano se han surtido diferentes procesos de integración como la Comunidad Andina, la Celac y el Mercosur, entre otros; sin embargo, ninguno ha logrado una integración trascendental como la que se logró con las comunidades europeas y después con la Unión Europea.

Esto lleva a que, a diferencia de lo que sucede en el contexto europeo donde los principales desarrollos que se han tenido en materia de independencia judicial se han dado en el marco de la Unión Europea, en el continente americano los avances en materia de independencia judicial se han dado en el seno del Sistema Interamericano de Protección de Derechos. Al respecto, vale la pena recordar que la mayoría de las cartas constitucionales de la región son más o menos recientes y, por tanto, tienen como característica una mayor apertura al derecho internacional (en particular al de los derechos humanos). De acuerdo con la clasificación que proponen Herrera y Acosta-Alvarado sobre el nivel de apertura al derecho internacional, de 12 de los Estados por ellos estudiados, la mitad tienen una amplia apertura al derecho internacional[35], 3 una apertura intermedia[36] y los 3 restantes, una baja apertura[37]. Así mismo, destacan que el 75% de las Constituciones latinoamericanas contienen cláusulas que reconocen la preminencia del derecho internacional de los derechos humanos dentro del margen interno[38], a través de figuras como el bloque de constitucionalidad[39].

Esto supone que normas como la Convención Americana sobre Derechos Humanos jueguen un papel especialmente importante dentro de los ordenamientos jurídicos pues, en últimas, tiene un efecto jurídico directo. Además, no se puede pasar por alto

[35] Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

[36] Argentina, Paraguay y Uruguay.

[37] Chile, Guyana y Surinam.

[38] Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[39] Herrera, Juan Camilo, y Acosta-Alvarado, Paola Andrea, «International and Constitutional Law in the Americas». En Obregón Tarazona, Liliana; Betancur-Restrepo, Laura; Amaya Castro, Juan Manuel, y Quiroga-Villamarín, Daniel Ricardo (eds.), *The Oxford Handbook of International Law and the Americas*, Oxford University Press, Oxford, 2024.

que este instrumento internacional prevé una obligación para todos los Estados de adecuar su ordenamiento interno para garantizar el ejercicio de libertades y derechos protegidos por la Convención. De allí que los estándares que contempla este tratado y la forma en la que son interpretados y desarrollados por los órganos del Sistema Interamericano sean jurídicamente relevantes para los países latinoamericanos[40]. Así mismo, hay quienes, como el antiguo juez de la Corte Interamericana, Alirio Abreu Burelli defienden la idea que las disposiciones relativas a la independencia judicial constituyen normas de *ius cogens* o derecho imperativo[41].

4. Los estándares interamericanos que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte IDH

La Convención Americana establece en su artículo 8 que «toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (...)». En principio, parece ser claro que la independencia del poder judicial constituye un derecho humano de todas las personas que reconocen los Estados que hacen parte de esta Convención, sin embargo, en el marco de los casos que han llegado hasta la Corte Interamericana, el juez interamericano ha avanzado en la delimitación del alcance del derecho a la independencia judicial.

A continuación se reseñan los principales estándares interamericanos que han sido desarrollados e identificados en ese sentido. No obstante, se advierte que la presentación se hace a partir de un orden orientado por el contenido del estándar, y no por la cronología con la que fueron desarrollados los estándares por parte de la Corte. Sin embargo, al final de este apartado se presenta una línea del tiempo que organiza las decisiones que se mencionan en el orden que fueron proferidas por la Corte IDH.

Lo primero que hay que resaltar es que la Corte IDH ha hecho énfasis, desde el año 2001, en que la independencia judicial constituye uno de los objetivos primordiales del principio de separación de poderes. Este es tal vez uno de los primeros estándares que desarrolló en el caso del *Tribunal Constitucional c. Perú*[42] y el cual ha reiterado de ma-

[40] Al interior de los Estados aún existen importantes discusiones en torno al alcance que tienen las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el llamado control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales. Al respecto, véase, por ejemplo. Rivas Ramírez, Daniel, «El (des)control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana». En Acosta López, Juana; Acosta Alvarado, Paola Andrea, y Rivas Ramírez, Daniel, *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

[41] Abreu Burelli, Alirio, «Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* 2007.

[42] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.* Sentencia de 31 de enero de 2001, *Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 73.*

nera constante en casos como *Aptiz Barbera y otro c. Venezuela*[43]*, Reverón Trujillo c. Venezuela*[44], *Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay*[45] *y Aguinaga Aillón c. Ecuador*[46]. En ese sentido, la Corte ha precisado que la razón de ser del principio de independencia judicial es evitar que el sistema judicial y sus integrantes afronten restricciones indebidas en el ejercicio de sus funciones, sea por órganos ajenos al poder judicial, o por quienes tienen algún tipo de superioridad funcional (en sede de revisión o apelación)[47].

Así mismo, ha avanzado en la comprensión de este derecho, para señalar que se trata no solo de un derecho de la persona que acude ante la judicatura, sino también del juez en sí mismo. En ese sentido, vale la pena llamar la atención sobre los casos de la *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) c. Ecuador* y del *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador*, en los que la Corte hizo énfasis en la importancia en analizar la independencia judicial desde sus dos dimensiones o facetas: la institucional y la individual. Desde la primera se analizan las garantías que la independencia institucional desde el poder judicial como sistema, mientras que la segunda analiza que no se afecte arbitrariamente la permanencia del juez en el cargo[48].

Al respecto es importante señalar, como lo destaca Parra Vera, que estas decisiones de la Corte no estuvieron libres de críticas, pues parecían contrariar lo que había señalado previamente en el caso de *Reverón Trujillo vs. Venezuela*[49], pues en principio dicha sentencia reconocía que el artículo 8.1 de la Convención solo contemplaba un derecho, individual, a ser oído por un juez independiente. Sin embargo, es menester precisar que en esa decisión, el juez interamericano señaló que de dicho artículo se desprendían dos obligaciones: una de independencia —entendida como el juzgar únicamente conforme a y motivado por el Derecho—, para el juez y otra para el Estado, de respeto y garantía de la independencia —al abstenerse de injerir indebidamente en el poder judicial o sus integrantes—[50].

---

[43] Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo») Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 55.

[44] Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 67.

[45] Corte IDH. Caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay. Sentencia de 19 de agosto de 2021, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 86.

[46] Corte IDH. Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador. Sentencia de 30 de enero de 2023, fondo, reparaciones y costas, pár. 62.

[47] Cfr. entre otros: Caso Apitz Barbera y otros, pár. 55; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de julio de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, pár. 99; Caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay, pár. 86; y Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, pár. 62.

[48] Corte IDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Sentencia de 23 de agosto de 2013 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), pár. 155.

[49] Parra Vera, Óscar, «La Independencia Judicial en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos». En Saiz Arnaiz, Alejandro; Solanes Mullor, Joan, y Roa Roa, Jorge Ernesto (coords.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

[50] Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), pár. 146.

Así mismo, al referirse a la independencia judicial, señaló que, se trata de un principio del que se desprenden además garantías particulares para los funcionarios judiciales —en comparación con los demás funcionarios públicos del Estado— (un estándar que ya había fijado desde el caso del *Tribunal Constitucional c. Perú* en 2001). Así pues, dentro de ella se encuentran cuando menos: un adecuado proceso de nombramiento de los jueces, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas[51].

Frente al proceso de nombramiento, la Corte ha reconocido que los Estados tienen cierto margen de apreciación en la materia. Esto quiere decir que cada sistema puede establecer el mecanismos o sistema electoral para la designación de jueces, siempre que se respeten las garantías mínimas derivadas de la Convención y en el contexto de cada Estado, su constitución. Por ejemplo, en el caso *Aguinaga Aillón c. Ecuador* hizo énfasis en la importancia que el mecanismo de selección y destitución de los jueces electorales fuera coherente con el sistema político democrático ecuatoriano, en conjunto[52]. Sin embargo, se debe recalcar que no es mucho lo que la Corte IDH ha desarrollado frente a esta cuestión, pues siempre que lo menciona remite a la sentencia del caso del *Tribunal Constitucional c. Perú*, en donde, su vez, remite a la jurisprudencia del Tribunal Europeo en los casos *Langborger* y *Cambell & Fell*.

Por otra parte, en cuanto a la inamovilidad del cargo ha Corte establecido al menos tres reglas claras. En primer lugar, que la separación del cargo de un juez solo puede obedecer a causales permitidas, por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o por la terminación del periodo de mandato[53]. En segundo lugar, que las únicas causas de destitución del cargo es la de incurrir en una falta disciplinaria grave o por incompetencia[54]. Y finalmente, que todos los procesos que sean adelantados contra jueces deben ser resueltos a partir de las normas deontológicas de los jueces previamente establecidas y a través de procedimientos que sean justos, objetivos e imparciales; en otras palabras, con todas las garantías del debido proceso judicial[55].

Por último, en cuanto a la independencia judicial como garantía contra presiones externas, la Corte ha señalado en casos como *Villaseñor Velarde y otros c. Guatemala* que esta supone una garantía contra cualquier injerencia externa al funcionario judicial. Es decir que, incluye una protección contra las presiones externas al poder judicial y otra frente a injerencias ajenas al poder público. Así pues, la primera garantía protege al juez contra las intervenciones que puedan hacer integrantes de otros poderes públicos; mien-

[51] Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, pár. 70.

[52] Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, pár. 71.

[53] Caso de la Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador., pár. 155; Caso del Tribunal Constitucional vs. Ecuador, pár. 199 y Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, pár. 64.

[54] Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, pár. 64.

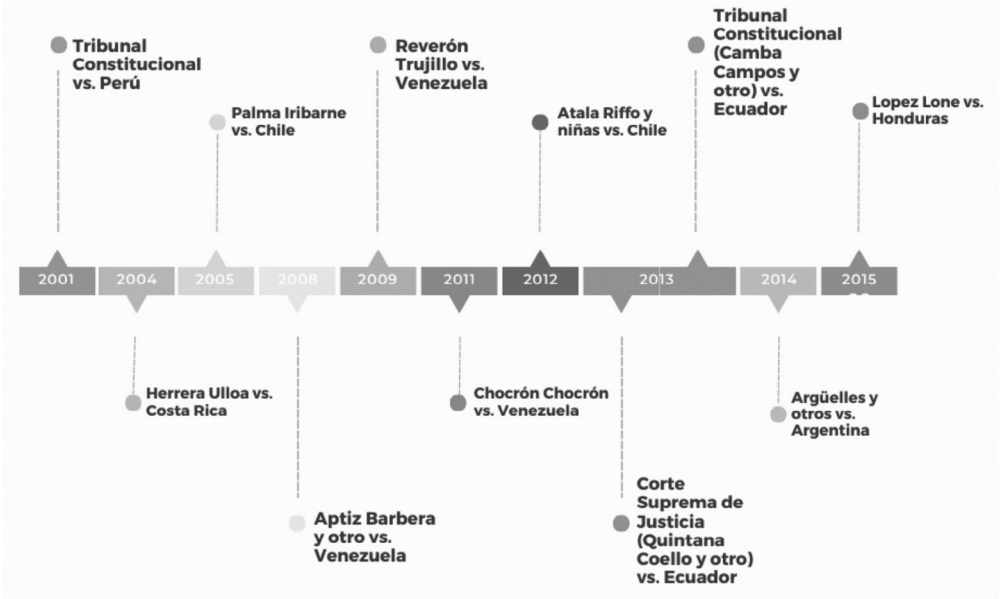
[55] Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, pár. 155; Caso López Lone y otros Vs. Honduras, pár. 192; Caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay, pár. 88 y Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, pár. 64.

tras que la segunda hace referencia a la obligación que tiene el Estado de evitar que otras personas o poderes, diferentes a los del Estado, intervengan en la función que desempeña el juez. Una garantía especialmente importante si se tiene en cuenta que, tal y como se destacó en el caso *Aguinaga Aillón c. Ecuador*, «sin independencia judicial no existe Estado de derecho ni es posible la democracia»[56].

Ahora bien, la Corte ha reconocido algunas circunstancias en las que es posible establecer ciertas restricciones a las conductas de un juez para proteger la independencia e imparcialidad de la función judicial, como es el caso de las actividades político-partidistas. En todo caso, la Corte ha precisado que definir estas limitaciones no es una facultad discrecional de los Estados, por lo que cualquiera de ellas debe interpretarse de manera restrictiva de acuerdo con la CADH. Sin embargo, también ha advertido que constituye una excepción a esta regla las graves crisis democráticas como los golpes de Estado, en donde los jueces si pueden pronunciarse en contra del golpe[57].

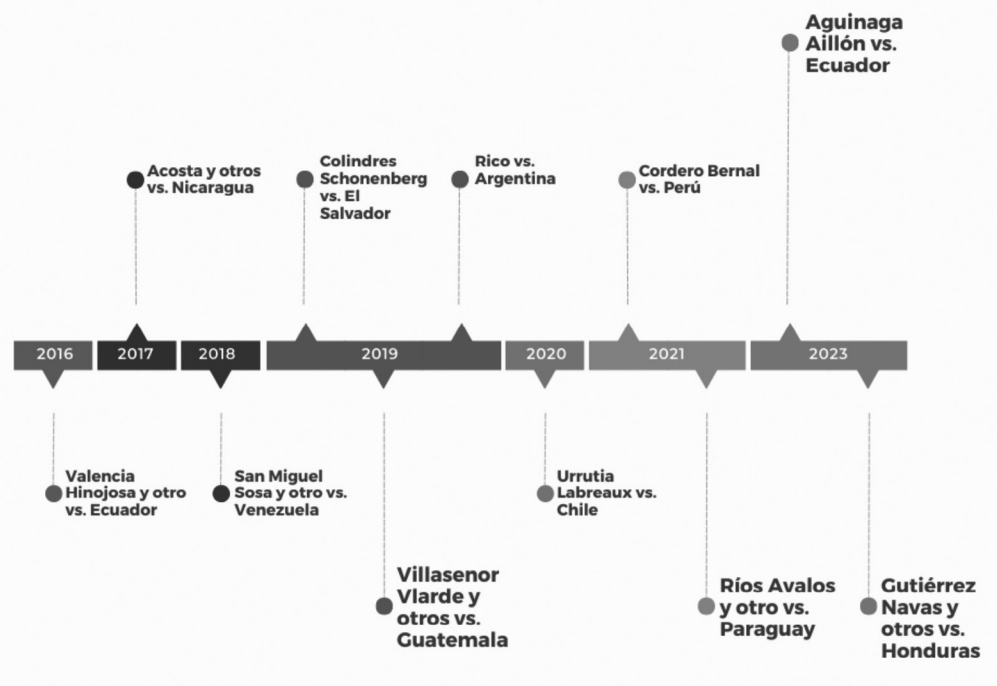
Finalmente, también vale señalar que la Corte ha destacado que las garantías de independencia judicial también deben aplicarse a aquellas autoridades no judiciales que desempeñen funciones pseudo jurisdiccionales.

Gráfico 40.1. Principales sentencias de la Corte IDH que desarrollan estándares sobre independencia judicial (2001-2015)



[56] Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador, pár. 68.
[57] Caso López Lone vs. Honduras, párs. 171-172 y 174.

Gráfico 40.2. Principales sentencias de la Corte IDH que desarrollan estándares sobre independencia judicial (2006-2023)



5. Las condiciones mínimas para la garantía de la independencia judicial en América latina según la CIDH

En adición a los estándares que han sido determinados por la Corte Interamericana, la Comisión Interamericana también ha hecho lo propio al identificar, a partir de su interpretación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y su trabajo como órgano del Sistema Interamericano, una serie de garantías mínimas con las que deben cumplir los diseños institucionales de los Estados, para que exista una adecuada independencia judicial que permita la lucha contra la corrupción. Estas se encuentran desarrolladas a partir de su informe *Corrupción y derechos humanos*, aprobado en diciembre de 2019, en donde hace énfasis en que estas garantías deben abarcar no solo al poder judicial, sino también a los ministerios públicos y defensorías públicas.

Partiendo de la doble dimensión de la independencia judicial que reconoce la Corte IDH, la CIDH señala que es necesario contar con una serie de condiciones mínimas para la independencia institucional, y otras para la personal. Así pues, frente a la independencia institucional destaca que los diseños institucionales de los Estados deberían,

cuando menos, contar con: (i) la inclusión de la independencia judicial en el texto constitucional, (ii) la garantía de autonomía presupuestal y administrativa para el poder judicial, (iii) el establecimiento de mecanismos para la gestión transparente y la rendición de cuentas del poder judicial; (iv) sistemas de reparto judicial que impidan la manipulación o corrupción; (v) el bloqueo —temporal durante un periodo razonable y prudente— al acceso a cargos dependientes del poder público; (vi) la elección de las autoridades de los órganos judiciales con la participación de los mismos jueces; y (vii) procesos de selección y nombramiento de jueces que sean transparentes y basados en el mérito. Frente a este último, hace especial énfasis en que no deben depender de actores políticos, por el contrario, deben contar con mecanismos de participación mayoritaria del poder judicial.

Por su parte, en lo que tiene que ver con la independencia personal, la Comisión sugiere establecer un estatuto para los jueces en el que se establezcan (i) criterios objetivos para el ascenso y el traslado de cargos, (ii) un régimen de inmunidades frente al contenido de resoluciones judiciales, (iii) los principios de legalidad, defensa, debido proceso, motivación y revisión en los procesos sancionatorios; y (iv) la libertad de expresión y asociación de los jueces, con los únicos límites establecidos en la ley.

6. Reflexiones finales

La independencia judicial es una preocupación persistente tanto en Europa como en América Latina. En el caso de esta última, se trata de una preocupación que ha estado patente a lo largo de nuestra historia constitucional, en buena medida, por la influencia nuestro contexto histórico y político. En esa medida, el constitucionalismo se ha preocupado por incorporar, por lo general, el principio de separación de poderes, del cual se deriva la independencia judicial.

Así mismo, en el escenario internacional se han desarrollado diferentes iniciativas orientadas a reforzar y transversalizar el principio de independencia judicial como una cuestión no solo institucional, sino también de derechos humanos. De hecho, en el contexto americano, este principio implica derechos tanto para quienes acuden a la justicia y quienes hacen parte en los procesos judiciales, como para quienes administran justicia. En ese sentido es que se han reconocido las diferentes dimensiones de la independencia judicial como derecho humano.

Como se ha visto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido prolífica en el sentido de señalar cuál es el alcance de este derecho y cuáles son las garantías mínimas que se desprenden, tanto para el sistema, como para los individuos, sean quienes acuden a la justicia o quienes la administran. Sin embargo, al interpretar estos estándares junto con las condiciones mínimas que la CIDH ha señalado surge el interrogante en cuanto a si

los estándares de la Corte IDH son suficientes, y además efectivos. En particular teniendo en cuenta que son muchos los Estados que, a pesar de contar con este principio a nivel constitucional, no cumplen con esas garantías mínimas.

En esa misma línea, vale señalar que, a diferencia del escenario americano, como lo muestra la profesora Biglino en su trabajo, el desarrollo de la independencia judicial en el contexto europeo se ha hecho en otras esferas, con un enfoque que no necesariamente se restringe a los derechos humanos, sino también a la perspectiva operativa. Buen ejemplo de ello es la forma en la que ella ha podido establecer estándares claros para la elección de consejos judiciales en Europa[58]. En otras palabras, esto nos obliga a preguntar si tal vez, sería oportuno abordar otra perspectiva para el desarrollo de la independencia judicial en la región, al menos para materializar las garantías mínimas que han sido identificadas por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La persistencia de desafíos en materia de independencia judicial revela la complejidad de implementar este principio en la práctica. En América Latina, la historia de interferencia política en el poder judicial ha dejado una marca profunda, dificultando la consolidación de un sistema judicial verdaderamente independiente. La corrupción y la falta de recursos adecuados continúan siendo obstáculos significativos que comprometen la imparcialidad y eficiencia del poder judicial en muchos países de la región. Estos problemas no solo afectan la confianza pública en el sistema judicial, sino que también limitan el acceso a una justicia equitativa y efectiva para todos los ciudadanos.

Por otro lado, en el ámbito internacional, si bien existen estándares reconocidos como los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la efectividad de estos estándares depende en gran medida de la voluntad política y la capacidad de los Estados para implementar reformas sustanciales. La brecha entre el reconocimiento formal de la independencia judicial y su aplicación real sigue siendo una preocupación central, especialmente cuando muchos Estados no logran cumplir con las garantías mínimas exigidas por los organismos internacionales.

En consecuencia, abordar estos desafíos requerirá no solo un compromiso renovado con la fortaleza institucional y el Estado de derecho, sino también medidas concretas para proteger a los jueces contra influencias indebidas, fortalecer la transparencia judicial y asegurar recursos adecuados para el funcionamiento efectivo de los tribunales. Solo así se podrá avanzar hacia sistemas judiciales que verdaderamente garanticen la independencia judicial como un derecho humano fundamental y un pilar indispensable de la democracia.

[58] Biglino Campos, «Los estándares europeos sobre la elección de los consejos judiciales», *Revista General de Derecho Constitucional,* 38, 2023.

CAPÍTULO 41

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS Y LA DEFINICIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO EN LA EXPERIENCIA PERUANA

Janeyri Boyer Carrera[1]
(Pontificia Universidad Católica del Perú)
Prof. ordinaria asociada Facultad Derecho

1. Introducción. La función pública y su importancia para un Estado democrático

En contextos democráticos, la función pública equivale a administraciones profesionales. A mayor institucionalidad democrática, mayor es la fuerza y la capacidad del servicio civil. Sociedades con intervencionismo político en la Administración Pública presentan un servicio civil sujeto al patronazgo, la rotación injustificada de personal de calidad y a una consecuente debilidad en su actuación.

El Alto Tribunal peruano conecta el proceso de modernización del Estado (incluyendo a los recursos humanos del Estado) con la potestad de organización de la Administración, y con las deficiencias estructurales que puedan ser advertidas en su funcionamiento. Considera que con un auténtico proceso de modernización (y mejora de la función pública) se puede mejorar la relación entre la Administración pública y las personas (STC 002-2010-PI/TC). Criterio sobre el que volverá a pronunciarse agregando que los servidores públicos o la denominada burocracia «constituye uno de los pilares fundamentales en los cuales se apoya una adecuada prestación de los servicios públicos», porque ellos a fin y al cabo, son «el rostro visible del Estado» (STC 015-2011-PI/TC, FJ 23).

[1] Janeyri Boyer Carrera es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho, Género y Sexualidad de la misma casa de estudios. Correo electrónico: jboyer@pucp.edu.pe. Código ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0603-3172. El presente trabajo fue realizado con el apoyo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (Cicaj) del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Agradezco a Alejandra Podestà Guitarra y a Isis Sinche Salvatierra por su invaluable apoyo en la sistematización de información y jurisprudencia.

Las reflexiones del presente trabajo buscan acometer el fundamento constitucional de la función pública en el derecho de acceso a los cargos públicos y el déficit que el derecho constitucional peruano ostenta respecto a dicho derecho fundamental. Con una revisión de criterios jurisprudenciales nacionales, internacionales y supranacionales, se formula una propuesta de contenidos mínimos para el derecho fundamental y su necesaria relación con la definición de servidor público para una legitimidad democrática de ejercicio.

Lo más significativo de estas reflexiones es que adoptan como punto de partida, e incluso de llegada, la importancia del principio democrático, al que la profesora Paloma Biglino ha dedicado buena parte de su trayectoria académica. No pude encontrar mejor manera de honrar su dedicación a la Universidad, pero sobretodo, su condición de generosa maestra y mejor amiga, que seguir reflexionando sobre aspectos que siguen siendo cruciales para la gobernanza de nuestros países. Agradezco tener el privilegio de volver a cruzar nuestros caminos, a pesar de sus bifurcaciones.

2. El derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad

El derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones generales de igualdad habilita a ciudadanos y ciudadanas la participación directa en el «diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices de políticas estatales a través de funciones públicas»[2]. Es un derecho fundamental de participación política, de configuración legal y de carácter relacional. No obstante, su reconocimiento como tal, no ha sido tan pacífico en la experiencia peruana, como veremos a continuación.

2.1. El reconocimiento de su naturaleza de derecho fundamental

Si bien, no es objeto de este trabajo desarrollar un estudio exahustivo sobre el concepto de derecho fundamental, porque mucho se ha escrito al respecto, resulta importante recordar que los derechos fundamentales emanan, de forma directa, como atributos esenciales de la dignidad humana y constituyen límites al poder e incluso a la soberanía nacional. Que constituyen mecanismos de defensa frente al ejercicio arbitrario del poder público en tanto presentan una dimensión objetiva o mandato a los poderes públicos de adoptar medidas para su materialización y no afectación.

[2] Corte IDH, casos Yatama vs Nicaragua, FJ 200; Castañeda Gutman vs. México, FJ 150.

Los derechos fundamentales también son normas jurídicas supremas y principios al mismo tiempo[3]. Tanto por jerarquía como por su carácter principialista o informador de todo el ordenamiento jurídico, el contenido de los derechos fundamentales vincula a todas las autoridades públicas. Son presupuestos de validez material de la creación, interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales y la actuación de los poderes públicos, especialmente, para el legislador conforme al control de constitucionalidad de las leyes que efectúa el Tribunal Constitucional[4].

El orden constitucional democrático encuentra su dimensión material en los derechos fundamentales, con acentuada razón respecto al derecho que nos convoca. Por ello, es posible evidenciar que «el fortalecimiento y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales perfeccionan el principio democrático»[5], según veremos en adelante.

El derecho de acceso a los cargos públicos fue reconocido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos — TIDH (Declaración Universal de Derechos Humanos — DUDH, Convención Americana de Derechos Humanos — CADH, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos — PIDCP), de los que el Perú es parte, disponiéndose que «toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país». Precisan que la titularidad sobre el derecho corresponde a los ciudadanos.

La Constitución Política del Perú de 1993 (CP) omitió dicho reconocimiento expreso en el listado de derechos fundamentales del Capítulo I. En el listado de derechos de participación política, solo incluyó los derechos de sufragio activo y pasivo por voto universal, directo, secreto y obligatorio (2.17 y 31 CP); así como el derecho a la participación en los asuntos públicos del país, a través de las iniciativas legislativa, de remoción, referéndum, revocatoria y demanda de rendición de cuentas. Encontramos el anclaje constitucional de los servidores públicos, su existencia y señas de identidad en el capítulo IV dedicado a la función pública (específicamente, en los arts. 39 y 40). Sin embargo, omitió establecer, como sí lo hace la Constitución constituciones española o colombiana[6], un precepto específico que lo identifique como derecho fundamental.

---

[3] Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*; Cruz, P., y Azpitarte, M. (eds.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

[4] Prieto Sanchíz, Luis, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Revista Pensamiento Constitucional*, Año VIII, núm. 8, PUCP, Lima, 2002, pp. 61-102.

[5] Aragón Reyes, Manuel, «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista española de Derecho Constitucional,* año 8, núm. 24, 1998, pp. 9-45.

[6] En el artículo 40.7 de la Constitución colombiana, se dispone que «todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político»; y para el tema que nos convoca, indica que, para hacer efectivo el aludido derecho, puede «acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad». Encomienda al legislador su configuración, así como la delimitación de la excepción explicitando los casos a los cuales se aplicará. El precepto cierra su redacción con una disposición interesante en términos de igualdad material: «las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública». La Constitución española repite la redacción de los TIDH cuando establece que todos los ciudadanos «(...) tienen derecho a

Esta omisión obedecería a que algunos miembros de la Asamblea Constituyente no lograron concebir que el acceso a los cargos públicos se tratara de un derecho fundamental. En el diario de debates de la Constitución de 1993 encontramos que los constituyentes sólo hicieron referencia al capítulo de función pública adoptando como sustento una aparente relación utilitaria entre el servidor público con el funcionamiento del Estado. Es elocuente la intervención del Congresista Róger Cáceres Veláquez, que me tomo la licencia de citar completa para que pueda entenderse el sentido de esta afirmación (Congreso de la República, 1993, p. 622):

> «Percatémonos, señor Presidente, dónde estamos en el desarrollo de la Constitución. El primer título se denomina «De la persona y de la sociedad». Ahí, en un sólo saco se han metido familia, salud, trabajo, y luego tenemos derechos políticos y deberes (...). Y dentro de esto que concierne a la persona y a la sociedad, aparece aterrizando un capítulo extraño sobre la función pública. ¿Qué tiene que hacer, señor, la función pública en este título De la Persona y de la Sociedad? La función pública tiene relación con el Estado y sus estructuras. El hecho de que haya un capítulo De la función pública en este primer título De la persona y de la sociedad, no tiene sentido; salvo que quienes han colocado este capítulo acá, estén pensando que la función pública que ejercen es un derecho humano que les corresponde por antonomasia. (...) *la función pública no es un derecho humano ni social, sino fundamentalmente una responsabilidad*» (el resaltado corresponde a la autora).

No obstante lo antes citado, progresivamente, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido la fundamentalidad de este derecho y su presencia en nuestro ordenamiento jurídico constitucional gracias a su posición en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del que el Perú, es Estado parte (STC 05057-2013-AA/TC, FJ 8). En adición, debido al rango constitucional que, a juicio del propio Alto Tribunal, tienen los TIDH en el ordenamiento jurídico peruano.

Su ámbito de protección alcanzaría, según el Tribunal Constitucional peruano, a los derechos de: (i) acceder o ingresar a la función pública: (ii) ejercer la función pública plenamente; (iii) ascender en la función pública; y a garantizar (iv) condiciones iguales de acceso (STC 00025-2005-PI/TC y otro, FJ 43). Esto no implica, un derecho a trabajar en el Estado o que éste promueva el empleo en el sector público, porque entonces nos encontraríamos en el terreno del derecho fundamental de acceso al trabajo.

---

acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» (art. 23.2 CE). Complementa el contenido de este artículo cuando en un precepto posterior, ordena al legislador, que regule su acceso «de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones» (art. 103.3 CE).

2.2. Un derecho de participación política distinto al sufragio pasivo

El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos es un derecho político o de participación política porque se ancla en el principio democrático y se asocia a la cualidad de miembro de una determinada colectividad. Esta cualidad habilita a su titular a participar en la vida política del país y a adoptar decisiones de función pública en representación del Estado. Un régimen democrático se funda sobre la base de la participación de los ciudadanos en el gobierno de su ciudad. A ello obedece que la titularidad de estos derechos corresponda a la condición jurídica de ciudadano; que para el caso peruano, se traduce en haber cumplido 18 años de edad.

Los TIDH reconocen como derechos de participación política tanto al derecho de acceso a cargos públicos representativos, como el acceso a cargos burocráticos o de designación, aunque siguiendo a la profesora Biglino[7], con diferencias en torno a: la fuente de legitimidad de quien ostenta el derecho; en las condiciones para acceder al cargo; y en las condiciones de permanencia. Mientras en el derecho de acceso a cargos públicos representativos la fuente de legitimidad deriva de la elección popular, en el acceso a cargos burocráticos, la legitimidad es más bien de ejercicio porque «emana de la forma en que los cargos públicos profesionales deben desempeñar sus funciones»[8].

La igualdad democrática es «específica y estricta»[9], porque se aplica a los ciudadanos y ciudadanas sin excepción en su condición de *demos* o pueblo político; y a todos por igual sin graduación o exclusión por mérito o idoneidad o status. En la igualdad democrática rige la regla de un ciudadano, un voto; y que, en tanto ciudadano, puede agruparse para competir en una elección. Será el soberano quien decida quién llevará su voz y quién lo representará en las instancias donde se toman las decisiones políticas. A ello obedece que los requisitos para las candidaturas sean mínimos[10], en contraste con los perfiles (experiencia general, experiencia específica, conocimientos técnicos, competencias) exigidos a servidores públicos para ocupar puestos de carrera, de directivos públicos o viceministros.

En cuanto a las condiciones para acceder al cargo, en la función pública profesional se valora el mérito y la idoneidad a través de procedimientos predeterminados de selección o reclutamiento. En el caso de los cargos representativos, la valoración corresponde

---

[7] Biglino Campos, Paloma, «El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos». Ponencia publicada en el libro de Actas del I Congreso Internacional: Retos del empleo público y el servicio civil en el Perú, Lima: SERVIR, 2021, pp. 130-131.

[8] *Ibidem*, p. 130.

[9] Boyer Carrera, Janeyri, «Aproximaciones al contenido esencial del derecho de participación política», *Pensamiento Constitucional*, Año XIII, núm. 13, PUCP, Lima, 2010, pp. 375-376.

[10] Según el artículo 90 de la Constitución, para ser elegido congresista, se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar de derecho de sufragio.

a los electores decidir a quiénes elige siguiendo sus convicciones subjetivas que van desde la simpatía personal hasta la concordancia con un ideario político partidario.

Finalmente, en torno a las condiciones de permanencia en el cargo, según Biglino[11], en posición que comparto, no se puede exigir neutralidad a los cargos públicos representativos porque ellos postulan bajo una ideología política que es precisamente por la que se les vota. No son independientes, siguen una disciplina de partido, y aunque discutible, a una consigna de los líderes partidarios. Permanecen en el cargo por un tiempo determinado.

Recordemos que el principio democrático demanda alternancia en el poder, o al menos, que dicha alternancia sea posible, porque la composición de las mayorías y minorías sociales cambia en el tiempo. Por ello las elecciones son periódicas, y la Constitución establece periodos de gobierno, que para el caso peruano, son de cinco años, para la presidencia de la república, y congresistas; y cuatro, para gobiernos regionales y municipales o locales. En las Administraciones Públicas dicha periodicidad aplica a sus titulares (funcionarios que ejercen funciones de dirección política y titularidad de la entidad). Para los demás, especialmente para los servidores de carrera o la denominada «burocracia», los ordenamientos jurídicos suelen garantizar su permanencia, para, de esa manera, garantizar su objetividad y procurar su profesionalización y continuidad de las políticas públicas.

2.3. Un derecho de configuración legal y relacional

El acceso a los cargos públicos es un derecho fundamental de configuración legal porque demanda una participación activa del legislador en el desarrollo de reglas y principios que permitan canalizar su ejercicio[12]. El artículo 23.2 CADH establece algunos límites al legislador nacional cuando indica que la Ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades de los derechos de participación política de acceso a los cargos públicos, «exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

Esto quiere decir que el propio constituyente, aunque en este caso, el TIDH, exige al legislador el desarrollo de reglas y principios que permitan a ciudadanos y ciudadanas competir en igualdad de condiciones para acceder a un puesto en el Estado. También, le exige que precise y delimite el derecho, estableciendo sus contornos o límites y su ámbito de protección; respetando los mínimos antes señalados; y, en el sentido más favorable a la eficacia y concreción del derecho en su delimitación constitucional. Es el

[11] Biglino, *Ibid*., loc. cit.

[12] STC peruano recaída en exp. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ 24.

legislador quien lleva a cabo una labor de ordenación de las relaciones jurídicas que nacen en torno a dicho derecho.

Finalmente, siguiendo al Alto intérprete constitucional español, el derecho de acceso a los cargos públicos es un derecho relacional, porque su existencia «solo cobra sentido en relación con el procedimiento que normativamente se hubiese establecido para tener acceso a determinados cargos públicos»[13]. Los procedimientos administrativos de selección y los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales canalizan el ejercicio de este derecho.

2.4. Es un derecho de igualdad: mérito e idoneidad en el acceso

El mérito garantiza igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos, por ello «vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general»[14]. A juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos — Corte IDH, su respeto y garantía se cumple cuando «los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución (sean) razonables y objetivos» y que «las personas no sean objeto de discriminación» en el ejercicio de este derecho[15]. Esto determina que nos encontramos ante un derecho fundamental de igualdad.

Para el constituyente español, una buena Administración implica que el legislador regule el estatuto de servidores públicos con un acceso a cargos públicos «de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, (...) el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones» (art. 103.3 CE). La Constitución peruana no previó algún precepto específico que coloque al mérito y a la capacidad o idoneidad del servidor como pilares del empleo público.

No obstante, en el acceso, el mérito se traduce en concursos que sean públicos y abiertos, con procedimientos predeterminados que garanticen una aplicación de las reglas de forma objetiva para evaluar en los participantes capacidad, habilidades, idoneidad para el cargo al que postulan y comportamiento ético. Que estos concursos sean, al menos, transparentes y objetivos, ya que, a juicio del Alto Tribunal, el principio admite que la autoridad pública agregue algunas otras evaluaciones en función al cargo y especialidad (STC 05047-2013-AA/TC, FJ 13), pero siempre en el marco del principio de proporcionalidad (relación proporcional entre las funciones del puesto o cargo, los requisitos que se exigirán así como las evaluaciones de entrada y de desempeño).

El contenido de este derecho también permite restricciones para el acceso, siempre y cuando, estas sean predeterminadas jurídicamente (igualdad formal) y sean razona-

[13] Sentencias del Tribunal Constitucional español 50/1986 y 115/1996.
[14] STC 5057-2013-AA/TC.
[15] Corte IDH, Apiz Barbera vs. Venezuela, FJ 206; Reverón Trujillo Vs. Venezuela, FFJJ 138-139.

bles. Así, en el caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, la Corte IDH consideró razonable y no discriminatorio que la jubilación y la destitución sean impedimentos para el acceso a la función pública en los puestos de jueces. Por ello, indicó que no encontraba discriminación alguna «ni en el acto normativo que lo regulaba, ni en el acto que lo ejecutó» (FJ 207).

Una excepción a este mandato de igualdad de oportunidades la encontramos en la designación directa o por confianza, sin atravesar concurso público alguno. Ellos coadyuvan directamente a que el funcionario o titular de la entidad que lo designa cumpla con sus funciones de gobierno. Se les suele encomendar, como ocurre en Reino Unido, funciones que los servidores de carrera no podrían llevar a cabo, como por ejemplo, funciones de asesoramiento, de análisis político, o política comunicacional. En la experiencia peruana, el personal de confianza podría ubicarse en cualquiera de los segmentos del servicio civil. Luego, el espectro de actividades que el funcionario puede encomendarle es amplio.

Esta afectación excepcional al principio de igualdad de oportunidades se equilibraría con el límite numérico de su presencia en cada entidad y con la temporalidad de su permanencia. Solo el cinco por ciento de la planilla de una institución pública con un máximo de 50 servidores podrán ser de confianza. El límite importa no solo porque la regla debe ser el mérito. También porque cuando todos los cargos del nivel más alto del Estado son de confianza, lo que ocurre es que se consolida un «estrato funcionarial basado en estrictas lealtades personales» que no se debería permitir[16]. En adición, estos servidores de confianza pueden ser cesados en cualquier momento; no pueden permanecer en el cargo más allá del periodo de gobierno del funcionario que lo designó y no corresponde que se les asigne indemnización alguna frente a la pérdida de confianza. Tampoco les corresponde reposición (STC 05057-2013-AA/TC, FJ 16).

2.5. Mérito e idoneidad en la permanencia

El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos también alcanza a la permanencia en el cargo. Según la Corte lDH, el acceso en condiciones de igualdad sería una garantía insuficiente si no se encuentra «acompañada por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede»[17].

[16] Morell Ocaña, Luis, *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1994, p. 94.

[17] Corte IDH: Casos Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Apitz Barbera vs. Venezuela y Reverón Trujillo vs. Venezuela; Martínez Esquivia vs. Colombia.

Ello implica, de un lado, que solo será posible la desvinculación de un servidor público bajo los procedimientos administrativos predeterminados. Así fue el caso del Decreto Legislativo 1026 que estableció el proceso de modernización de los gobiernos regionales y locales, a través del cual, era factible suprimir plazas y desvincular servidores. El Alto Tribunal interpretó que era razonable que en virtud de un proceso de reorganización administrativa se pudiera suprimir algunas plazas y en consecuencia los servidores sean desvinculados. Especialmente, porque la propia norma establecía que en dichos casos tenían que ser indemnizados, y priorizados como candidatos en caso se llevaran a cabo otros concursos públicos en la entidad pública (STC 0015-2011-PI/TC).

El ámbito de protección del derecho al acceso y permanencia en los cargos públicos alcanza a la configuración legal de la responsabilidad administrativa disciplinaria, y cualquier tipo de actividad sancionadora de la Administración Pública respecto de los servidores públicos. Por ello, también se afecta el derecho a la permanencia, cuando un servidor público es desvinculado o destituido luego de un procedimiento disciplinario carente de garantías, o un procedimiento indebido que no estuvo establecido previamente por la norma jurídica correspondiente. Ello implica, entre otras garantías, que las autoridades de un disciplinario sean las competentes, que sean imparciales[18]; o que el procedimiento así no sea denominado disciplinario, presente las garantías de un procedimiento administrativo sancionador. Caso contrario, se afecta de forma arbitraria el derecho a la permanencia en el cargo. Así en el caso Cuya Lavy, la Corte IDH interpretó que, como el procedimiento administrativo para la ratificación de jueces en el Perú tenía como corolario una desvinculación, se trataba de en un disciplinario encubierto que carecía de una etapa específica para la defensa (CIDH, Cuya Lavy vs Perú, FFJJ 160-161).

La permanencia es, además, una garantía en sí misma de la objetividad o neutralidad en el ejercicio de la función pública. Es elocuente la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando señala que si un juez es removido arbitrariamente por el Estado, esta decisión no solo afecta la garantía de la independencia judicial, también vulnera el derecho de acceso a los cargos públicos. La estabilidad o permanencia es un componente de la independencia, siendo que «la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política»[19].

Si bien a los servidores públicos que no ejercen funciones jurisdiccionales plenas no les alcanza la garantía de la independencia judicial, sí les alcanza la observancia del principio de legalidad, y la consecuente objetividad o neutralidad en sus actuaciones. De otro lado, la garantía de la permanencia no significa carta blanca para ocupar un puesto

[18] Corte IDH: Sentencia Lopez Lone vs. Honduras, FFJJ 239-240.

[19] Corte IDH: Sentencia Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, FJ 135; Tribunal Constitucional vs. Ecuador, FFJJ 195-202.

en la Administración Pública, sin ningún tipo de rendición de cuentas por el cumplimiento de metas o por los servicios que se presta a las personas. De esta manera, el derecho de acceso a los cargos públicos tutela permanencia pero con idoneidad o capacidad para el cargo. Por ello, a juicio del Alto Tribunal peruano, resulta necesario que el personal se encuentre sometido a evaluación de desempeño en aras de «garantizar la provisión y permanencia en el servicio de trabajadores idóneos» (STC exp. núm. 0002-2010-PI). Solo así, las Administraciones Públicas estarán en condiciones de resguardar la calidad del servicio que brindan a las personas, cumplir con las metas de Estado y de gobierno, así como, los objetivos institucionales. Es preciso armonizar el derecho a la permanencia con la capacidad de los servidores públicos y en consecuencia, con los servicios adecuados que las personas deberían recibir del Estado.

Lo interesante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en relación a la evaluación de desempeño, es que considera que esta es indispensable para acreditar que el servidor público sigue siendo idóneo para el puesto. La tutela del derecho fundamental al acceso y permanencia en los cargos públicos está condicionada a que el servidor público siga siendo idóneo. En este sentido, frente al supuesto en que sea calificado desfavorablemente en dos evaluaciones, considera que no es contrario al contenido esencial del derecho a la permanencia en los cargos públicos que dicho servidor sea desvinculado[20]. El Alto Tribunal interpreta, además, que la evaluación del desempeño no contraviene el principio de irrenunciabilidad de derechos en «materia laboral», sino que promueve la finalidad constitucional de la carrera administrativa, en tanto permite a las entidades públicas contar con personal más eficiente, eficaz y que preste servicios de calidad[21].

En este contexto, resulta imprescindible que se prevea las garantías que resulten necesarias para que la evaluación de desempeño sea objetiva, y que esté en condiciones de medir con justicia los resultados del trabajo de los servidores públicos, así como, su contribución a la consecución de las metas institucionales.

2.6. El derecho a la permanencia y las condiciones para la reposición

Cuando un servidor público accede a un cargo público bajo el principio de mérito corresponde que el Estado respete las condiciones en que esta persona accedió a dicho cargo. Caso contrario, corresponderá la reposición ante una desvinculación arbitraria. Así, si se trata de una designación provisional (como ocurría con los Contratos Admi-

[20] STC exp. 00010-2010-PI/TC, exp. 0025-2012-PI/TC, 003-2014- PI/TC, 008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC.

[21] STC Exp. N° 000025-2013- AI/TC; N° 0003-2014-PI/TC, N° 0008-2014-PI/TC, N° 0017-2014-PI/TC, FFJJ 76- 90.

nistrativos de Servicios — CAS, bajo el Decreto Legislativo 1.057 en la experiencia peruana), corresponde que el Estado respete los plazos o las condiciones suspensivas o resolutorias bajo las que una persona fue vinculada a la función pública.

En el caso Reverón contra Venezuela, la señora Reverón Trujillo ingresó al Poder Judicial venezolano (1986) a través de una Resolución del Consejo de la Judicatura que la nombró como jueza de primera instancia en lo penal. La designación era provisoria hasta que se desarrollasen los concursos de oposición. En febrero de 2002 la señora Reverón fue destituida porque habría incurrido en ilícitos disciplinarios. La Corte Suprema anuló la sanción de destitución, no obstante omitió ordenar su restitución y el pago de salarios dejados de percibir. La Corte IDH entendió que el Estado había vulnerado el derecho a la permanencia en los cargos públicos de la señora Reverón porque, a pesar de haber declarado nula su destitución, el Tribunal Supremo no ordenó su reposición. Si bien, la designación de la señora Reverón había sido «provisoria» en tanto se llevaban a cabo los concursos de oposición, la Corte IDH no encontró una justificación razonable para no reponerla. Ella desempeñaba las mismas funciones que un juez no provisorio y la condición para ser desvinculada no se había cumplido. La Corte no esgrime un argumento para que se le convierta en una servidora pública a tiempo indeterminado, sino para que ocupe el puesto sujeta a la condición suspensiva de la oposición o concurso público de la plaza (FFJJ 138-141).

Es destacable la conexión entre el mérito y la reposición que efectúa la Corte. Solo podrá ser repuesto quien accedió al cargo por concurso público. Así, si nos encontramos ante un puesto en la Administración Pública para el que se ha requerido una incorporación provisional o a tiempo determinado, sin concurso; no corresponderá la reincorporación a tiempo indeterminado en caso se hubiera producido una desvinculación arbitraria. Coincidimos con el criterio de la Corte IDH porque como afirma la profesora Chinchilla «(...) los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, impiden que pueda convertirse una relación temporal en una relación laboral a tiempo indefinido» (2005, p. 91). Con mayor razón si el ordenamiento interno ha previsto que sea el mérito y la carrera los principales medios para el nombramiento en los órganos y entidades del Estado.

En el caso Martínez Esquivia vs. Colombia, la señora Martínez denunció al Estado a raíz de la desvinculación de su cargo de Fiscal delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Cartagena. La Corte IDH interpretó que los fiscales nombrados en provisionalidad, «sólo se ven dotados de una estabilidad intermedia, relativa o restringida». Ello obedecía a que no existía, al momento de los hechos, norma explícita que regulase su desvinculación. Por tanto, a juicio de la Corte, el Estado omitió su deber de tomar medidas para regular dicha desvinculación, teniendo en cuenta que estos fiscales ejercen las mismas funciones que los fiscales permanentes. De esta manera, se violó la garantía de la inamovilidad e independencia del juez (art. 2 de la CADH), pero no el derecho a

la permanencia en los cargos públicos (art. 23.2.c. de la CADH), por lo que no correspondía la reposición. El mismo criterio fue adoptado en el caso Chocrón Chocrón contra Venezuela.

A mi juicio, similar consideración puede ser tenida para los servidores públicos. Que solo sean reincorporados aquellos que hayan sido desvinculados arbitrariamente, condicionado a que su acceso haya sido por concursos público de méritos o bajo algún otro mecanismo que haya garantizado la igualdad de condiciones.

En adición y en conexión con el criterio anterior, resalta la rigidez de la Corte en torno a la predeterminación de las causales para dar término al vínculo entre el Estado y el servidor público o para dejar de ser titular del derecho a la permanencia en el cargo público. Así en el caso Casa Nina contra el Perú, estableció que era posible desvincular a un fiscal provisional sin que se vulneren sus derechos, solo si se produce: (i) «el acaecimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación o nombramiento (...) o (ii) por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión». En este caso, a juicio de la Corte IDH, si bien las garantías de inamovilidad e independencia judicial fueron afectadas por la condición de provisionalidad de la fiscal demandante, no se vulnera el derecho de acceso a los cargos públicos[22].

Estos criterios impactan al Estado peruano. Actualmente, el régimen disciplinario de los servidores públicos que establece la Ley 30.057 omite precisar cuáles son aquellas faltas que por su gravedad acarrean la sanción principal de destitución e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por cinco años, como sanción accesoria. La discrecionalidad que tienen las autoridades disciplinarias para su imposición es amplia e inadmisible para un Estado constitucional y democrático de Derecho. Es imprescindible que el Estado subsane dicha omisión y alinee su ordenamiento interno a los criterios de la Corte Interamericana.

3. El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos y el concepto de servidor público

El Código de Ética de la Función Pública entiende por servidor público a «todo funcionario o empleado de las entidades de la Administración Pública», que pueda estar ubicado en cualquiera de los niveles jerárquicos, «sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado». Precisó que «para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios, ni el régimen laboral o de contratación al que esté

[22] Corte IDH: Caso Nina vs. Perú CIDH, 2020, FJ 83.

sujeto»[23]. En este sentido, la normativa sobre ética pública adopta una perspectiva funcional o material de servidor público, en función a lo que hace. Con independencia de cómo accedió, o cuál es el régimen por el que se vincula.

La Ley del Servicio Civil, Ley 30.057 o de reforma del servicio civil peruana define como servidor público a la persona que tenga un vínculo jurídico (contrato o designación) con una entidad pública bajo alguno de los regímenes de vinculación formal con el Estado. Quedan fuera de esta definición, las personas al servicio del Estado bajo contratos de naturaleza civil y otras modalidades paralelas[24]. En otras palabras, adoptó una concepción formal de la condición de servidor público. Por su parte, la Contraloría General de la República, ha interpretado a través de su Tribunal Sancionador, que una persona que ejerce funciones públicas, así esté bajo un contrato de naturaleza civil, es servidor público[25].

En el caso Huatuco, el TC peruano estableció como precedente de observancia constitucional que el acceso al cargo público debe reunir tres condiciones: (i) plaza vacante de duración indeterminada, (ii) plaza presupuestada y (iii) concurso público de méritos (STC 05057-2013-AA/TC). Solo bajo estas condiciones podrá afirmarse que una persona es titular del derecho a la función pública (en términos del Alto Tribunal).

Posteriormente, precisará que las condiciones de dicho precedente deben ser cumplidas sólo en los casos de puestos de carrera administrativa[26]. Sin embargo, esta intepretación presenta un problema si se tiene en cuenta que el grueso de servidores públicos no se encuentran en carrera administrativa. Como bien reflexiona posteriormente el TC en el caso Cruz Llamos, no todas las personas que forman parte del Estado son

[23] Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815, artículo 4.1.

[24] Sobre los modelos de vinculación con el Estado, la fragmentación del servicio civil peruano, y su explicación, me remito a un trabajo anterior. En Boyer Carrera, Janeyri, *El derecho de la función pública y el servicio civil*, PUCP, Lima, 2019.

[25] «(...) la condición de funcionario o servidor público a quien se le atribuye responsabilidad administrativa funcional, no se identifica por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador como persona natural o física con la Administración Pública, sino por el desempeño de sus funciones públicas en las entidades del Estado; esto es, que independientemente de su régimen laboral, debe mantener vínculo, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y en virtud de ello, ejercer funciones en tales entidades públicas. En tal sentido, el ámbito del control gubernamental se relaciona con el desempeño de la función pública, entendida desde una perspectiva funcional y comprensiva de los intereses públicos representados en la actuación de las personas que prestan servicios para el Estado y que se incorporan de manera efectiva en su estructura y funcionamiento, o en la esfera de actuación de una determinada entidad». En Resolución núm. 0022-2023-CG/TSRA-SALA 1, del 25 de julio de 2023, del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, Procedimiento Administrativo Sancionador.

[26] Los presupuestos fácticos para que se aplique el precedente Huatuco: (a) el caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato que puede tratarse de uno temporal, o de naturaleza civil, a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente; y (b) debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que por ende, a aquella corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2) y que además se encuentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4). (STC 0668-2013-AA/TC, FJ 13).

servidores de carrera, como ocurre con los obreros municipales, los servidores de confianza, o los trabajadores de las empresas del Estado[27].

El señor Cruz Llamos era obrero de una municipalidad, por ello, el Tribunal argumenta que como se trata de «otras modalidades de funciones públicas», no correspondía exigirle que accediera por concurso público, reiterando que esta modalidad de acceso sólo era exigible para servidores de carrera.

La pregunta que salta a continuación es si la igualdad de oportunidades que sustenta el acceso a los cargos públicos puede ser soslayada por el legislador a través de la instauración de modelos de vinculación adicionales a uno de carrera administrativa que carecen de concursos públicos para el acceso. Parecería que la respuesta es negativa, pero con la aludida interpretación, el Tribunal circunscribe la obligatoriedad del concurso público a los servidores de carrera, dejando al margen de dicho mandato a los demás regímenes de vinculación con el Estado.

Posteriormente, en la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley 31.131, el Alto Tribunal interpreta que solo los servidores CAS que accedieron por concurso público serán servidores a tiempo intedeterminado. Lo positivo es que conecta el mérito con el derecho a la permanencia

En todo caso, las diferencias de vínculo jurídico, de acuerdo a Sánchez Morón «no pueden ser un medio para defraudar o relajar las exigencias constitucionales que afectan a todos los empleados públicos»[28]. El criterio material es el más compatible con la finalidad pública del empleo público, y unido a éste, las garantías de un acceso con igualdad de oportunidades para.

4. A modo de conclusión

De todo lo que hemos reflexionado hasta este punto, podemos llegar a la conclusión de la relevancia del derecho de acceso a los cargos públicos para la legitimidad de ejercicio de las autoridades públicas, para el fortalecimiento del principio democrático; así como para el funcionamiento del Estado.

La definición de servidor público tendría que estar anclada en la Constitución, erigida sobre la base de un actuar en representación del Estado y conectado al contenido esencial del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos. Que reconozca los principios de igualdad de oportunidades, mérito e idoneidad o capacidad como parte de sus contenidos; así como los concursos públicos o procedimientos administrativos de

[27] El señor Cruz Llamos contaba con un contrato civil y ejercía funciones permanentes de obrero y los obreros, por disposición legal expresa, no forman parte de la carrera administrativa. En: STC 06681-2013-AA/TC, FJ 11.

[28] Sánchez Morón, Miguel, *Derecho de la función pública*, 15.º ed., Tecnos, Madrid, 2022, p. 64.

selección y los perfiles o requisitos como mecanismos garantistas de dichos principios. Ello con independencia de que el Estado decida adoptar modelos más o menos estatutarios de empleo público; o modelos híbridos en los que confluyan en las Administraciones Públicas regímenes de carrera y de empleo privado. Si todos son servidores públicos, todos deben llevar inoculados el mérito y la capacidad, incluso para los casos de los denominados servidores de confianza.

Un siguiente lugar en este reconocimiento del derecho de acceso a los cargos públicos como fundamental son las garantías de neutralidad u objetividad de los servidores públicos. Y en ese sentido, el mandato al legislador de configurar el acceso y permanencia con un régimen de incompatibilidades razonable y una responsabilidad administrativa garantista frente a la inconducta funcional que, al mismo tiempo, permita un adecuado funcionamiento de la propia Administración Pública.

Finalmente, que en la construcción que el texto constitucional haga sobre el servidor público se tenga en consideración la perspectiva de las personas y su titularidad sobre el derecho a recibir servicios de calidad por parte del Estado; y en consecuencia, que el servidor público esté en condiciones de contribuir activamente a la legitimidad de ejercicio de nuestras democracias.

APÉNDICE
CURRICULUM VITAE DE PALOMA BIGLINO CAMPOS

1. Actividad docente y profesional

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid (desde el 1-VIII-1992).

Miembro titular de la European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), del Consejo de Europa (Julio 2010-2014). Miembro suplente desde 2014 hasta la actualidad.

Miembro titular del Council for Democratic Elections, Comisión de Venecia, Parliamentary Assembly and the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe (2011-2014).

Vocal de la Junta Electoral Central, 2004-2008 y 2012-2017.

Miembro del Observatorio de la Vida Militar, órgano adscrito a las Cortes Genreales.

Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nombramiento por Real Decreto 836/2008, de 16 de mayo. (BOE 17/5/2008) hasta 2012.

Miembro nato del Consejo de Estado, fecha de toma de posesión 17 julio de 2008. Miembro de la Comisión de Estudios de dicho órgano por acuerdo del pleno de 18 de 30 de abril de 2008.

Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, (2004-2008).

Vocal de la Junta Electoral Central, nombrada por Real Decreto 2216/2004, de 25 de noviembre, BOE 26 de noviembre de 2004 hasta 16 de mayo de 2008 y 2013-2018.

Vocal de la Junta Electoral de Castilla y León, nombrada en abril de 1989, octubre de 1991, diciembre de 1995, diciembre de 1999, diciembre de 2003.

Miembro de la Comisión Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales para la acreditación de Catedráticos de Universidad, nombrada por el Consejo de Universidades (BOE 17 diciembre de 2007) (5-X-2007, 16-V-2008).

Coordinadora del Grupo de Investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid (2004-2024).

Miembro del Consejo de Gobierno de la Universidad de Valladolid, 31 octubre de 2006-22 febrero 2008).

Directora del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid (1995-1998).

Directora del Departamento de Derecho Constitucional, Procesal y Eclesiástico del Estado de la Universidad de Valladolid (1998-2001).

Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid (1985-1986).

Vocal y Secretaria de la Comisión de Doctorado de la Universidad de Valladolid (1999-2004).

Miembro de la Comisión de Postgrado de la Universidad de Valladolid (2005-2007).

2. Comités editoriales y grupos de expertos

Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Constitucionalistas de España (2004-2008).

Miembro del Consejo de Redacción de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Miembro del Consejo Asesor de *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED).

Miembro del Consejo Asesor de la *Revista de las Cortes Generales*.

Directora de la *Revista General de Derecho Constitucional*, Grupo Iustel, www.iustel.com. (2005-2008).

Miembro del Consejo Asesor de la *Revista de Estudios Políticos*, editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Miembro del Consejo Asesor de la *Revista de Derecho Político* (UNED)

Miembro del Consejo de Redacción de la *Revista Legal*, Parlamento Vasco.

Miembro del Comité Científico de la Revista *IgualdadES*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Miembro del Seminario de Derecho Constitucional organizado en la Universidad Autónoma de Madrid, bajo la dirección de D. Francisco Rubio Llorente y D. Manuel Aragón Reyes.

Miembro del Patronato de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 8 de mayo de 2009.

Miembro de la International Academic Network For the abolition of Capital Punishment (Repecap) constituida en diciembre de 2009.

Miembro del Grupo académico de reforma de la Constitución con perspectiva de género constituido en Madrid el 28 de octubre de 2016.
Miembro de Grupo de trabajo sobre «El futuro de los Gobiernos locales», constituido en la Fundación Democracia y Gobierno Local, coordinación de Luciano Parejo Alfonso, 14 de noviembre de 2016.
Miembro del Consejo científico del *Centro de Estudios de Partidos Políticos*, UNED.
Miembro del Jurado del Premio Francisco Tomás y Valiente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, 22 de noviembre de 2017.
Miembro del Jurado del XV Premio «Manuel Giménez Abad» para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 23 de abril de 2018.
Miembro del Jurado del Premio «Nicolás Pérez-Serrano» para las tesis doctorales en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 26 de junio de 2023.
Miembro del jurado del XXI Premio de la Fundación Giménez Abad para trabajos de investigación sobre democracia y descentralización política y territorial, Zaragoza, 29 de abril de 2024.

3. Evaluación de méritos docentes e investigadores

Evaluación de la actividad docente. Tramos con evaluación positiva:

01/10/77 al 30/09/82.
01/09/82 al 30/09/87.
01/10/87 al 30/09/92.
01/10/92 al 01/10/97.
01/10/97 al 30/09/02.
01/10/02 al 30/09/07.
01/10/07 al 30/09/12.
01/10/12 al 30/09/17.

Evaluación de actividad investigadora al amparo del RD 1086/1989 de 28 de agosto. Tramos con evaluación positiva:

I. 1978/1983.
II. 1984/1989.
III. 1990/1995.
IV. 1996/2001.

V. 2002/2007.
VI. 2008/2013.
VI. 2015/2020.

Evaluación de transferencia de resultados e innovación. Tramos con evaluación positiva:

I. 1996-2013.

4. Libros y monografías

El socialismo español y la cuestión agraria (1890-1936). Ministerio de Trabajo, Madrid, 1986.

Los vicios en el procedimiento legislativo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

La publicación de la ley. Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas (coord.). Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995.

Diccionario de Términos Comunitarios (coord.). Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Ciudadanía y Extranjería: Derecho Nacional y Derecho Comparado (coord.), Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.

La política europea de las Comunidades Autónomas y su control parlamentario (coord.), Editorial Tirant lo Blanch, Institut de Dret Públic, Valencia, 2003, ISBN 84-8442-779-X.

Consejos Consultivos y Comunidades Autónomas: la institución en Castilla y León (coord.), Cortes de Castilla y León, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003, ISBN 84-8448-224-3.

Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 222 pp. ISBN 8425913853.

Nuevas expectativas democráticas y elecciones (dir.), Ed. Iustel, Madrid, p. 288. ISBN 978-84-96717-83-1.

Biglino Campos, P., y Durán Alba, J. F. (dir.), *Pluralismo territorial y control externo de las cuentas públicas*, E. Lex Nova, Valladolid, 2008, 271 pp., ISBN 978-84-8406-880-8.

Biglino Campos, P. (ed.), *Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma*, CEPC, Madrid, 2008, 182 pp., ISBN 978-84-259-1436-2.

Arroyo, L.; Biglino, P., y Shabas, W. (eds.), *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 565 pp., ISBN 978-84-9876-775-9.

Biglino Campos, P., y Delgado del Rincón, L. (eds.), *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, 285 pp., ISBN 978-84-259-1480-5.

Biglino Campos, P., y Mapelli Marchena, Clara, *Garantías del pluralismo territorial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fundación Manuel Jiménez Abaad, Forum of Federations, Madrid, 2011, 292 pp., ISBN 978-84-259-1524-6.

Biglino Campos, P., y Delgado del Rincón, L., *El incumplimiento del Derecho Comunitario en el Estado Autonómico. Prevención y Responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 272 pp., ISBN 978-84-259-1523-9.

Biglino, P.; Bilbao, J. M.; Rey, F.,; Matia, J., y Vidal, J. M. (coord.), *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Thomson Reuters, 2013, 737 pp., 3.ª ed., ISBN 978-84-9898-643-3.

Revenga Sánchez, M., y Biglino Campos, P. (coord.), *Las huellas de la Constitución de Cádiz*, X Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, 518 pp.,ISBN 978-84-9033-525-3.

Rubio LLorente, F.; Jiménez Campo, J.; Solozabal Echevarría, J. J.; Biglino Campos, P., y Gómez Montoro, Á. (coord.), *La Constitución Política de España,* Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, 986 pp., ISBN 978-84-259-1697-7.

Biglino Campos, P. (coord., introducción y conclusiones), *Partidos Políticos y mediación de la Democracia Directa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, 400 pp., ISBN 978-84-259-1725-7.

Biglino Campos, P., y Bastida Freijedo, F. J. (coord.), *Reflexiones sobre la forma del poder. Estudios sobre la obra de Francisco Rubio Llorente*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, 308 pp., ISBN 978-84-09-02890-0.

Biglino Campos, P., *Retos a la libertad y Estado Constitucional*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, ISBN 978-84-9190-691-9.

Biglino Campos, P., y Duran Alba, Juan Fernando (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2021, 978-84-122332-0-9.

5. Trabajos científicos publicados en revistas y libros colectivos

«Cuestión agraria y Marxismo: la elaboración del programa agrario del PSOE». En *Estudios de Historia Social,* 26-27, julio-diciembre de 1983, pp. 257-339.

«La revocación de la iniciativa autonómica, la naturaleza de la reserva estatutaria y los reglamentos parlamentarios como parámetro de la constitucionalidad de la ley (comentario a la STC de 29 de septiembre, sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Castilla y León)». En *Revista Española de Derecho Constitucional,* 14, mayo-agosto de 1985, pp. 257-279.

«La iniciativa legislativa popular en los ordenamientos jurídicos regionales». En *Revista de Estudios Políticos,* 46-47, julio-octubre de 1985, pp. 289-309.

«La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal». En *Revista Española de Derecho Constitucional,* 19, 1987, pp. 75 y ss.

«La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de participación política». En *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha,* 3-4, 1988, pp. 593 y ss.

«Los vicios en el procedimiento legislativo: la postura del Tribunal Constitucional en la S. 99/87». En *Revista Española de Derecho Constitucional,* 24, 1988, pp. 211 y ss.

«La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Revista Española de Derecho Constitucional,* 29, 1990, pp. 291 y ss.

«Los vicios en el procedimiento legislativo». En AA.VV., *El Parlamento y sus transformaciones actuales* (ed. A. Garrorena), Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

Voces «Procedimiento legislativo», «Iniciativa legislativa», «Iniciativa legislativa popular», «Enmiendas» y «Vicios en el procedimiento legislativo». En AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

«Los conflictos constitucionales» Crítica al libro de A. Gómez Montoro del mismo título. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993 pp. 335-343.

«Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 30, 1993, pp. 53-100.

Traducción del artículo de A. Pace. «La naturale rigiditá delle costituzioni scritte, por encargo del Centro de Estudios Constitucionales», publicado en la colección *Cuadernos y Debates* de dicho centro, núm. 58, Madrid, 1995, 130 pp.

«Ciudadanía europea y legitimidad democrática», *Revista de Estudios Europeos,* núm. 9, enero-abril de 1995, pp. 3-12.

«Parlamento, Presupuesto y Tribunal de Cuentas», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, 1996, pp. 10-42. El mismo artículo, con modificaciones para darle un contenido más general, ha sido publicado, bajo el título de «El papel de las Entidades Fiscalizadoras superiores en Apoyo a los Congresos o Parlamentos Nacionales» en la *Revista de Fiscalización y Gestión Pública*, editada por la Contraloría General de la República y la Universidad de Costa Rica, vol. 2, núm. 5, 1996, pp. 9-19.

Voces «Ciudadanía europea», «Derechos fundamentales» y «Tribunal de Cuentas», en *Diccionario de Términos Comunitarios*, Coodinado por Paloma Biglino Campos, Instituto de Estudios Europeos, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 44-49, 148-153 y 421-423.

Prólogo al libro de F. J. Matia Portilla *El Derecho Fundamental a la Inviolabilidad de Domicilio*, Ed. MaGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. XIX-XXIII.

«La cláusula de supletoriedad. Una cuestión de perspectiva», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, 1997, pp. 29-59.

«De qué hablamos en Europa cuando hablamos de Derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 97, 1997, pp. 71-104. Este artículo se ha publicado también en la *Revista Jurídica del Perú*, julio-septiembre de 1998, pp. 27-54.

«La cláusula de supletoriedad: ¿una disposición transitoria?», en *La Constitución y la práctica del derecho*, dirigido por M. Aragón y J. Martínez-Simancas, vol. I, Madrid, 1998,pp. 123-143.

«La publicación como fase del procedimiento legislativo», en *El Procedimiento Legislativo. V Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1998, pp. 439-448.

«Acerca del significado jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos», en Balado, M., y García Regueiro, A. (dir), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 10 de diciembre de 1998, pp. 69-76.

«El Presidente y la Junta», en García Roca, J. (coord.), *Derecho Público de Castilla y León*, Valladolid, 1999, pp. 163-178. ISBN 84-7762-871-8

«La posición institucional de los Consejos de Cuentas», en *Corts Anuario de Derecho Parlamentario de las Cortes Valencianas*, núm. 7, 1999, pp. 31-65, ISBN 84-482-1040-9, ISSN 1136-3339.

«Algunas consideraciones acerca de la eficacia de los actos parlamentarios», en *Los Actos del Parlamento, Instituciones de Derecho Parlamentario*, II, Vitoria-Gasteiz, 1999, pp. 275-316, ISBN 84-87122-75-2. El mismo artículo fué publicado en Asamblea, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 1, junio de 1999, pp. 41-69.

«Las mujeres en los partidos políticos: representación, igualdad y cuotas internas», en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 407-429. ISBN 84-259-1109-5.

«Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999, sobre la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59, mayo-agosto de 2000, pp. 303.330. ISSN 0211-5743

«La Unión Europea ¿estructura federal?», en *Instituto de Estudios Europeos, 50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*, Septem Ediciones, Oviedo, 2001, pp. 87-97. ISBN 84-95687-11-9.

«Parlamento y control de cuentas», *Revista Española de Control Externo*, núm. 7, vol. III, enero de 2001, pp. 25-38. ISSN 1.575-1333.

«Acto Parlamentario» (pp. 120-123), «Enmienda en el Procedimiento legislativo» (pp. 159-163), «Iniciativa Legislativa (pp. 165-168), «Iniciativa legislativa popular» (pp. 168-170), Procedimiento legislativo» (pp. 159-163), Publicidad de las normas» (pp. 274-276), «Vicios en el procedimiento legislativo» (pp. 163-165), en Aragón Reyes (coord.), Temas Básicos de Derecho Constitucional», 3 vol., Editorial Civitas, Madrid, 2001, ISBN obra completa 84-470-1674-9.

Crítica del libro «Las enmiendas en el procedimiento legislativo», de F. Visiedo y E. Soriano, en *Corts, Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 11, 2001, pp. 231-235, ISBN 84.482.1040-9, ISSN 1136-3339.

Aragón Reyes, M.; Asensi Sabater, J.; Biglino Campos, P.; Carrillo López, M.; y Pérez Calvo, A., «Encuesta sobre la Ley de Extranjería y la Constitución», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1.º semestre 2001, pp. 7-65. ISSN 1139-5583.

«Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del Parlamento», en Morodo, R., y De Vega, P. (dir.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2001, Tomo II, pp. 735-753. ISBN 84-89764-54-9.

Prólogo al libro de Juan Durán Alba sobre *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, pp. 23-30. ISBN: 84.7943-176-8.

«Parlamento, principio democrático y justicia constitucional», *Revista de Derecho. Justicia Constitucional*. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales, vol. XII, agosto de 2001, pp. 179-190,ISSN 0716-9132.

«La inviolabilidad de la persona del Rey y el refrendo de sus actos», *La Monarquía Parlamentaria (Título II de la constitución)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, pp. 201-214,ISBN 84-7943-187-3.

Lecciones sobre «El Tribunal de Cuentas» (13 pp.) y «Sanción, promulgación y publicación de las Leyes» (14 pp.) para el *Manual de Derecho Constitucional* publicado en www.iustel.com.

«Constitución democrática y Ley», *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Centro Internacional de Estudios Políticos, Institut International des Sciences Politiques, Ed. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 703-709. ISBN 84-7676-280-1.

«En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano», *La democracia constitucional. Estudios en homenaje a Francisco Rubio LLorente*, vol. II, Editado por el Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad

Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 1131-1169. ISBN 84-259-1227-X.

«Introducción» y «Una conclusión: innovar el Estado», en Biglino Campos, P. (coord.), *La política europea de las Comunidades Autónomas y su control parlamentario*, Editorial Tirant lo Blanch, Institut de Dret Públic, Valencia, 2003, pp. 13-22 y 275-285, ISBN 84-8442-779-X.

«Introducción» y «Algunas reflexiones finales», en Biglino Campos, P. (coord.), *Consejos Consultivos y Comunidades Autónomas: La institución en Castilla y León. Cortes de Castilla y León*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2003, pp. 23-30 y 173-184. ISBN 84-8448-224-3.

«Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, enero-abril de 2003, pp. 45-68, ISSN 1138-4026.

Prólogo al libro de Luis Estaban Delgado del Rincón sobre *Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Universidad de Externado de Colombia, 2003, Bogotá, pp. 11-14,ISBN 958-616-574-4.

Prólogo al libro de Ana María Redondo García sobre *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Tirant lo Blanch e Instituto de Derecho Público, Valencia, 2002, pp. 14-19. ISBN 84-8442-921-0.

«Veinticinco años de procedimiento legislativo», *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59 (2003-2004), pp. 451-470,ISSN 0210-7562.

«Derechos fundamentales en la Unión y en los Estados miembros: algunos problemas de conexión». Crítica al libro *La protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Matía Portilla, J. (coord.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, septiembre-diciembre de 2003, pp. 387-396.

«La lealtad constitucional en el Estado de las Autonomías», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. extraordinario, enero de 2004, pp. 51-74. ISSN 1696-6759.

Derechos frente a la Unión, derechos frente a los Estados miembros: el artículo 51 de la Carta», Fernández Sola, N. (coord.), *Unión Europea y Derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Ed. Dikinson, Madrid, 2004, pp. 235-256. ISBN 84-9772-235-3.

«El Tribunal de Cuentas Europeo tras la reforma de Niza», Calonge Velázquez, A., *La reforma institucional en el Tratado de Niza*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 225-243. ISBN 84-8406-533-2.

«La Constitución Española y la Unión Europea», en E. *García de Enterría* y otros, *Homenaje a la Constitución, Lecciones Magistrales en el Parlamento de Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2004, pp. 61-78. ISBN 84-88652-08-9.

«El poder de la Unión y el poder de los Estados miembros en el Proyecto de Constitución europea: una forma distinta de entender la competencia», en *Studia Iuridica*, núm. 84, Coóquio ibérico: Constituiçao europeia. Homenagem ao Doctor Lucas Pires. Universidad de Coimbra, Coimbra Editora, pp. 183-209. ISSN 0872-6043, ISBN 972-32-1317-6.

Prólogo al libro de Carlos Ortega Santiago *El mandato representativo de los diputados y senadores*, Servicio de Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2005, pp. 15-18. ISBN 84-7943-250-0.

«Acerca de la Constitucionalidad de las cuotas paritarias», *XXV Aniversario de la Constitución Española*, Propuestas de Reforma, Servicio de Publicaciones Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, CEDMA, 2004, pp. 359-370. ISBN 84-7785-601-X.

«Reforma de los Estatutos de Autonomía y distribución de competencias», en *Revista Jurídica de Castilla y León,* número monográfico dedicado a «La Reforma de los Estatutos de Autonomía», Valladolid, 2005, pp. 243-266. ISBN, 84-9718-348-7.

«La función integradora de la Ley y el Senado como Cámara de representación territorial», en Aguiar de Luque *et al.* (coord.), *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional,* libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 927-941. ISBN 84-8456-407-X.

«Reforma de los Estatutos de Autonomía y democracia paritaria», en Feixes Sanjuán, T. y Sevilla Merino, J. (coord.), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomia*, Colección Estudios Goberna, INAP, Madrid, diciembre de 2005, pp. 311-316. ISBN 84-7351-249-9.

AA.VV., *Reformas territoriales. Jornadas de Sigüenza*. Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2006, pp. 71-72, 112-114, 163-164. ISBN 84-95886-16-2.

«El sistema de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros», en Calonge Velázquez (coord.), *La constitucionalización de Europa*, Granada, 2006, pp. 1-25. ISBN, 84-0936-050-1.

«El Senado, Cámara de conexión entre las Comunidades Autónomas y la Unión Europea», en *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Madrid, 2006, pp. 733-750. ISBN 84-259-1323-3.

«Los espejismos de la tabla de derechos», en Ferreres Comellas, V.; Biglino Campos, P., y Carrillo, M., *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 39-61. ISBN 84-259-1330-6.

«Ciudadanía nacional, ciudadanía europea», *Constitución y democracia. 25 años de constitución democrática en España*. Actas del Congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003, vol. II, Bilbao, 2006, pp. 65-73. ISBN 84-8373-828-7.

«La primacía del Derecho Comunitario: la perspectiva española», *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, núm. 3, abril de 2007. ISSN 1886-6212.

«La evolución de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea: algunos aspectos federales», *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario*, Alonso Martínez, J. M., y Herrero de la Fuente, A. (coord.), ed. Comares, Granada, 2007, pp. 53-70. ISBN 978-84-9836-244-4.

«Reforma de la Constitución, reforma de los Estatutos de Autonomía y configuración constitucional del orden de competencias», Revista de las Cortes Generales, segundo cuatrimestre de 2005, núm. 65, pp. 7-29, ISSN 0213-0130.

Prólogo al libro de O. Sánchez Muñoz *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. XI-II-XVIII. ISBN 978-84-259-1396-9.

«Biotecnología, dignidad de la persona y protección de los derechos fundamentales», en *La Unión Europea, Direitos fundamentais e Biotecnología*, Wolfang Sarlet, I., y Salomao Leite, G. (coord.), Ed. Método, Sao Paulo, 2008, pp. 163-185. ISBN 987-85-7660-228-6.

«Derechos y Principios», *Derecho Público de Castilla y León*, Saez Hidalgo, I. (dir.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 145-162. ISBN 978-84-8406-774-0.

«La composición equilibrada de las listas electorales», en *Nuevas expectativas democráticas y elecciones* (Biglino Campos, P., dir.), Ed. Iustel, Madrid, 2008, pp. 73-103. ISBN 978-84-96717-83-1.

La composición equilibrada de las candidaturas electorales: primeras experiencias. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2008, Estudios en Homenaje a Gregorio Peces Barba, vol. I, pp. 161-182. ISBN 978-84-9859-239-2.

«Variaciones sobre las listas de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto de 2008, pp. 277-299. ISSN 0211-5743.

«La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española», en *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Carmona Contreras, A. M. (ed.), Pamplona, 2008, pp. 35-52. ISBN 978-84-8355-707-5.

«La posición institucional de los Órganos de Control Externo en los nuevos Estatutos de Autonomía», Biglino Campos, P., y Durán Alba, J. F. (dir.), *Pluralismo territorial y control externo de las cuentas públicas*, E. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 17-42. ISBN 978-84-8406-880-8.

«La legislación electoral estatal y el margen del legislador autonómico», en Gálvez Muñoz (dir.), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 11-42. ISBN 978-84-259-1451-5.

Presentación de *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. XXVII-XXIX. ISBN 978-84-259-1459-1.

«Trasparencia y ciudadanía en el Tratado de Lisboa», en Matia Portilla, J. (dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, ed. Comares, Granada, 2009, pp. 1-17.ISBN 978-84-9836-594-8.

Introducción a Biglino Campos, P., y Delgado del Rincón, L. (eds.), *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 13-17. ISBN 978-84-259-1480-5.

«Introduction», en *Supervising electoral processes, en la Colección Science and Technique of Democracy*, núm. 48, Ed. Consejo de Europa, Venice Commission, Strasbourg, abril de 2010, pp. 5-9. ISBN 978-92-871-8887-5.

Prefacio al libro de Robledo Silva, P., *La autonomía municipal en Colombia*, Universidad de Externado de Colombia, 2010. ISBN 978-958-710-601-5.

«Justicia constitucional y justicia electoral: principios de articulación», *Mundo electoral*, Tribunal Electoral de Panamá, año 4, núm. 10, enero de 2011. ISSN 1999-1991.

Participación en Aragón Reyes, M. (dir.), y Aguado Renedo (codir.), en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Ed. Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2011, con las voces «Publicidad de las normas» (pp. 346-348), Tomo, 1, ISBN 978-84-470-3546-5; «Acto parlamentario» (pp. 99-102), «Enmienda en el procedimiento legislativo» (pp. 176-178); Iniciativa legislativa» (pp. 165-168); «Iniciativa legislativa popular» (pp. 168-171); «Procedimiento legislativo» (pp. 158-162); «Proyecto de Ley» (pp. 171-173); «Vicios en el procedimiento legislativo» (pp. 162-165), en Tomo II, ISBN 978-84-470-3535-9.

«Garantías de integración y garantías de autonomía», en Biglino Campos, P., y Mapelli Marchena, Clara, *Garantías del pluralismo territorial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fundación Manuel Jiménez Abad, *Forum of Federations*, Madrid, 2011, pp. 13-26. ISBN 978-84-259-1524-6.

«Propaganda electoral y principio de igualdad de armas», en *Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Ríos Vega, L. E. (ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2011, pp. 155-168. ISBN 978-607-708-095-4.

«La Constitución fue norma por ser pacto federal», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2.º semestre de 2011, pp. 177-204. ISSN 1139-5583.

«La reforma de los Estatutos de Autonomía: un problema que se desplaza, otro que se agudiza y otros por resolver», *Corts, Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 25, 2012, pp. 19-35. ISSN 84-482-1040-9, ISSN 1136-3339.

«Un complejo modelo de distribución de competencias que necesita otras garantías», *Revista de Administración Pública*, enero-abril de 2012, núm. 187, pp. 11-29. ISSN 0034-7639.

«Il Trattato di Lisbona e gli aspetti della cittadinanza», *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, vol. II, pp. 1125-1147. ISBN 97888-6342-244-8.

«Pueblo, ciudadanía y participación en el Estado Autonómico», en Matia Portilla, J. (dir.), *Pluralidad territorial, nuevos derechos y garantías*, Editorial Comares, Granada, 2012. ISBN 978-84-9836-953-3.

«El sistema electoral español: un análisis de sus logros y deficiencias después de las recientes elecciones nacionales», en Delgado-Iribarren, M.; Ripollés Serrano, R.; Biglino Campos, P., y Kölling, M. (coord.), *El sistema electoral español*, Estudios núm. 5, Fundación Manuel Jiménez Abad, Zaragoza, 2012, pp. 93-111. ISBN 978-84-939848-6-1.

«Control electoral y principios constitucionales», en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol III, Madrid, Editorial Universitas, SA y CEPC, 2012, pp. 2677-2691. ISBN 978-84-7991-383-5.

«Más y mejor representación», en *Gobernanza Democrática* (Rovira, Antonio, coord.) Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 71-93. ISBN 978-84-156664-44-4.

«A Complex Model for Distributing Competences That Requires Further Safeguards», en Alberto López-Basaguren, Leire Escajedo San Epifanio (ed.), *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, E. Springer (Heidelberg, New York, Dordrecht, London), Vol. I, pp. 421-437, ISBN 978-3-642-27719-1), 978-3-642-27720-7 (e-Book).

«El acceso individual ante los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad en Europa», en *El acceso individual a la Justicia Constitucional en América Latina* (Ponencias presentadas en la Conferencia internacional celebrada durante los días 29, 30 y 31 de mayo de 2013 en Arequipa, Perú), Tribunal Constitucional de Perú, Venice Commission, Council of Europe, Lima, 2013, pp. 47-57, Depósito Legal en la Biblioteca Nacional de Perú 2013-13769.

«Las tentativas de reforma constitucional en España y las reformas constitucionales de 1992 y 2011» en López Garrido, Diego (dir.), y Martínez Alarcón, María Luz (coord.), *Reforma Constitucional y estabilidad presupuestaria. El art. 135 de la Constitución española*, CEPC, 2013, pp. 65-82. ISBN 978-84-259-1570-3.

«Lección 20. El Derecho de Participación política», en Biglino, P.; Bilbao, J. M.; Rey, F.; Matia, J., y Vidal, J. M. (coord.), en *Lecciones de Derecho Constitucional II,* Thomson Reuters, 2013, pp. 653-672. ISBN 978-84-9898-643-3.

Biglino Campos, P., y Durán Alba, J. F., «Lección 10. Competencias y financiación de las Comunidades Autónomas», en Biglino, P.; Bilbao, J. M.; Rey, F.; Matia, J., y Vidal, J. M. (coord.), *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Thomson Reuters, 2013, pp. 333-250. ISBN 978-84-9898-643-3.

Elogio de D. Francisco Rubio Llorente, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 20, julio-diciembre de 2013, pp. 337-344. ISSN 1697-7890.

Paloma Biglino Campos, Srdjan Darmanovic, Manuel González Oropeza, Gaélle Deriaz, *Joint Opinion on the Draft Law ammeindg the Electoral Legislation of the Republic of Moldova*. CDL-AD(2014)003, pp. 1-15. Venice Commission, 21/03/2014. Disponible en Internet en: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)003-e.

«La república de Condorcet, una república con ciudadanas», en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico, estudios en homenaje a Julia Sevilla,* Cort Valencianes, Valencia, 2014, pp. 129-142. ISBN 978-84-89684-46-1.

«La igualdad de armas ante los medios de comunicación», en *La elección presidencial en México (2012)*, en Báez, C., y Ríos Vega, L. E. (coords.), Ed. Tirant lo Blanch, México D.F., México, 2014, pp. 23-37. ISBN 978-84-9053-996-5.

«Cuestiones actuales del derecho a ser electo», en *Cuestiones actuales de la democracia electoral*, Baez Siva, C., y Ríos Vega, L. (coord.), Tirant lo Blanch, 2014, pp. 51-59. ISBN 978-84-9053-994-1.

Participación en la encuesta sobre «La integración Política de Europa». *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 33, 1 semestre de 2014, pp. 11-66. UNED, ISSN 1139-5583.

«Reforma de la Constitución y reforma del sistema electoral», *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate.* Monográfico «Por una Reforma Constitucional», núm. 23, 2014, pp. 289-304. ISSN 1889-4135.

«Improving Electoral Practices: Case Studies and Practical Approaches», en *Equal Representation in Spain: Lesson Learned from Balanced Electoral Lists*, International IDEA, Community of Democracies, Stockholm, Sweden 2014, pp. 203-224. ISBN 978-91-877729-67-6.

«No es sólo la representación, sino también es el control», en *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Estudios en homenaje a J. Carpizo,* Universidad Autónoma de México, México, Tomo IV, vol. I, 2015, pp. 277-296. ISBN 978-607-02-6302-6, URL: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3825

«Intervención del legislador y selección de candidatos por los partidos políticos: una perspectiva comparada», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, pp. 203-223. ISSN 1139-5583.

Crítica a al libro de Eva Sáenz Royo *Desmontando mitos sobre el Estado Autonómico*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 104, mayo-agosto (2015), pp. 339-348.

Presentación de «Los partidos políticos y las instituciones» en Cascajo Castro, J. L., y Martín de la Vega, A. (coord.), *Participación, representación y democracia*, XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, 2016. ISBN 978-84-9119-092-9.

«Responsabilidad de los poderes públicos y calidad de la democracia», en *La Constitución política de España. Estudios en Homenaje a Manuel Aragón Reyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 43-64. ISBN 978-84-259-1697-7.

«Cataluña, federalismo y pluralismo político, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pp. 449-459.

«Mayorías, minorías y partidos políticos en las Comunidades Autónomas: aires de cambio», *Cuadernos de Alzate*, núm. 48-49, 2016, pp. 155-170. ISSN 0213-1862.

«El control de cuentas: un contenido necesario de la reforma constitucional», Freixes Sanjuán, T.; Gavara de Cara, J. C., *Repensar la constitución: ideas para una reforma de la Constitución de 1978.* Parte Primera. CEPC, Madrid, 2016, pp. 151-173. ISBN 978-84-340-2339-0.

«La democracia en Atenas. Crisis económica y legitimidad democrática en la Unión Europea», Balaguer Callejón, F., y Tudela Aranda, J. (coord.), *Estudios en Homenaje al profesor y magistrado Luis Ortega Álvarez*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, pp. 65-81. ISBN 978-84-9135-422-2.

«La autonomía territorial como instrumento de democracia: participación, poderes y garantías», en Correa Henao, M., y Robledo Silva, P., *Libro de Memorias XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 818-837. ISBN 978-958-772-575-9.

Redacción de 29 voces para el *Diccionario Jurídico* elaborado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Thomson Reuters, España, 2017. ISBN 978-84-135-373-7.

«La reforma de la elección de los miembros de las diputaciones provinciales: mejorar la legitimidad de origen respetando la legitimidad de ejercicio», en Parejo Alfonso, L. (dir.), y Arroyo Gil, A. (coord.), *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2017, pp. 361-382. ISBN 978-84-943793-5-2.

«Control electoral: la experiencia española en el marco del Derecho Comparado», en Bagni, S.; Figueroa Mejía, G. A.; Pavani, G., *La ciencia del Derecho Constitucional Comparado, Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blach, Ciudad de México, México, 2017, pp. 693-713. ISBN 978-84-9143-613-3.

«Crisis de la representación, legitimación de ejercicio y responsabilidad de los poderes públicos», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre-diciembre de 2017, número monográfico dedicado al XL aniversario de la Constitución española, pp. 482-511. ISBN 0211-979X. http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/issue/view/RDP%20100

«La experiencia de la Comisión de Venecia: financiación de campañas, uso de las nuevas tecnologías, participación de las mujeres», en *Buenas prácticas en materia electoral*, Cámara Nacional Electoral. Colección seminarios, Buenos Aires, Argentina, 2017, pp. 47-58.

«Francisco Rubio Llorente y el Estado Social y Democrático de Derecho», en Biglino Campos, P., y Bastida Freijedo, F. J. (coord.), en *Reflexiones sobre la forma del poder. Estudios sobre la obra de Francisco Rubio Llorente*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 209-232. ISBN 978-84-09-02890-0.

«Una democracia en clave federal», en *España constitucional (1979-2018) Trayectorias y perspectivas,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 683-697. ISBN 978-84-259-1761-5.

«Nota a la Opinión de la Comisión de Venecia sobre los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional», en *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional,* Madrid, 2018, Tribunal Constitucional, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, pp. 105-123. ISBN 978-84-259-1778-3.

«Art. 17», en Muñoz Machado, S. (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución,* Ed. Planeta, Barcelona, 2018, pp. 80-84. ISBN 978-84-9199-044-4.

«La Comisión de Venecia y el patrimonio constitucional común», *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 28, 2018, pp. 1-21.

«Art. 6», «Art. 67», «Art. 69», en Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), *Estudios sobre la Reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2018. ISBN 978-849197-008-8.

«Constitución y contrato social», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 47, 2019, pp. 7-24. ISSN 2254-3805.

«Political Pluralism and Independence in Catalonia: Lessons Learned from Federalism», López Basaguren, A.; Escajedo San-Epifanio, L., *Claims for Secession and Federalism*, Springer, Suiza, 2019, pp. 433-443. ISBN/ISSN 978-3-319-59706-5.

Participación en la «Encuesta sobre la igualdad entre hombres y mujeres», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 15-99.

Participación en la «Conversación: la Constitución de 1978 en perspectiva», en Rodríguez, A. (coord.), *40 años de Constitución: una mirada al futuro*. Actas del XVI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 33-51. ISBN 978-84-1313-632-5.

«Democracia y exigencia de responsabilidad», en Cazor Aliste, K. (coord.), *Diversas perspectivas en torno al decaimiento de la democracia,* Editorial Jurídica Chilena, Chile, 2019, pp. 27-51. ISBN 978-956-10-2541-7.

«La Unión Europea ante el déficit democrático de los Estados Miembros», en Aragón Reyes, M.; Jiménez Campo, J.; Aguado Renedo, C.; López Castillo, A., y García Guerrero, J. L. (dirs.), *La Constitución de los Españoles*, Fundación Manuel Giménez Abad, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, pp. 65-83. ISBN 978-84-259-1799-8.

«El Tribunal de Cuentas como garantía del Estado Social, del Estado Democrático y del Estado de Derecho», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, pp. 77-100.

«La funcionalidad del referéndum en los Estados miembros y finalidades del federalismo», en Sáenz Royo, E., y Garrido López, C., *Referéndums y consultas populares en el Estado Autonómico*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 27-35. ISBN 978-84-9123-704-4.

«La reforma de las elecciones: cambios en el sistema y en el procedimiento», en Arroyo Gil, A., y De Sande Pérez-Bedmar (dir.), Reformas necesarias. Un nuevo impulso a la modernización del Estado, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2019, BOE, pp. 149-163. ISSN 1575-8427.

Participación en la «Encuesta sobre el sistema electoral», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, 2020, pp. 9-110.

«Constitución y reglas de juego», *Congreso Internacional Constitucional*, Cortes Generales, CEPC, Madrid, 2020, pp. 45-48. ISBN 978-84-7943-547-9.

«Les critiques envers la représentation», H. Alcaraz y O. Lecucq (dir.), *40 ans d'application de la Constitution espagnole,* Institut Francophone pour la Justicie et la Démocratie, Francia, 2020, pp. 167-187. ISBN 978-2-37032-257-9.

«Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional*», Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 53-84.

«La Unión Europea contra el retroceso democrático de los Estados miembros: de la democracia al Estado de Derecho, del Estado de Derecho a la independencia de las jurisdicciones nacionales», en Pérez Sánchez, G. (dir.); Miranda Escolar, B., y Vidal Fernández, B. (coord.), *La Unión Europea al cumplirse los 70 años de la declaración Schuman 1950-2020,* Valladolid, 2020*,* pp. 299-320. ISBN 978-84-1320-086-6.

«An example of the contribution of the Venice Commission to the European Constitutional Heritage: Transparency of Political Parties' financing», *Venice Commission thirty-year quest for democracy through law, 1990-2020*, Lund, 2020, pp. 93-104. ISBN 978-91-544-0578-7.

«Anillos de conjunción entre el estado nación y el Derecho de la Unión: soberanía, territorio y pueblo», *Federalismi,* núm. 31, 13-11-2020, pp. 1-8. https://www.federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=126

Prólogo al libro de O. Sánchez Muñoz *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021. ISBN 978-84-259-1856-8.

Voces «Competencias de las Comunidades Autónomas» y «Legislación delegada», en Pendás, B., *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI*, pp. 591-595 y 673-676, Madrid, 2020. ISBN 978-84-340-2667-4.

Participación en la «Encuesta sobre nación y supranacionalidad», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 2021, pp. 15-68.

«El impacto de la Covid en la distribución de competencias», en Tudela Aranda, J. (coord.), *Estado Autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración*, pp. 15-39. Fundación Giménez Abad, Konrad Adenauer Stiftung, Zaragoza, 2021. ISBN 978-84-122332-5-4.

«El derecho de acceso a los cargos públicos», en *Actas del I Congreso Internacional Retos del empleo público y del servicio civil en el Perú*, Lima, 2021.

«La reivindicación del parlamento en la época del populismo. ¿Cómo regenerar su propia legitimación?», en Aragón Reyes, M.; Cossío Díaz, J. R., y Nava Gomer, L. F. (coord.), *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 269-287. ISBN: 978-84-1397-020-2.

«Malos tiempos para los parlamentos», *Cuadernos Constitucionales*, núm. 2, 2021, pp. 31-45. DOI: https://doi.org/10.7203/cc.2.2217

«Unión europea y participación política en los Estados miembros: un panorama con claroscuros», en Dueñas Castrillo, A. I., y Macho Carro, A. (dir.), *La influencia de los tratados europeos sobre derechos humanos en la participación y representación política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 19-46. ISBN 78-84-1113-718-8.

«Democracy and Rule of Law: Two Sides of the Same Coin», Talks from the Law World Congress, J. Cremades, C. Hermida (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer Nature Switzerland, 2022. https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_154-1.

«La polémica reforma de la LOTC ante la Comisión de Venecia: podres de ejecución y justicia constitucional», en Castellá Andreu, J. M; Montobbio, M., y Granata-Menghini, S. (dir.) *Estado de Derecho, democracia y globalización. Una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario*, CEPC, Madrid, 2022, pp. 57-78. ISBN 978-84-259-1952-7.

«Retos a la independencia judicial», en Aragón Reyes, M.; Valadés, D., y Tudela Aranda, J. (coord.), *Derecho Constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*,

Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2023, pp. 377-396. ISBN 978-84-124487-6-4 file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/oc24_15_paloma_biglino_retos_independencia_judicial_es_o%20(2).pdf

«La forma de gobierno de las Universidades», en Delgado del Rincón, L., y Rama Cerbán, F. (coord.), *Los límites orgánicos internos a la autonomía de las universidades públicas,* Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2023, pp. 29-48. ISBN 978-84-124487-7-1, https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/los-limites-organicos-internos-la-autonomia-de-las-universidades-publicas.

«La indefensión de la constitución neutral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, 2023, pp. 15-48. https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-127-eneroabril-2023/la-indefension-de-la-constitucion-neutral

«Los límites a la neutralidad de la Constitución», en Gavara de Cara, J. C., y De Miguel Bárcenas, J., *Poder, constitución y neutralidad,* Bosch Editor, Barcelona, 2023, pp. 191-212. ISBN 978-84-19580-44-3, https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=925413

«Los estándares europeos sobre la elección de los consejos judiciales», *Revista General de Derecho Constitucional* núm. 38, 2023. ISSN 1886-6212, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3

«Constitucionalismo, Unión Europea y eficacia debilitada de la Carta de Derechos. A propósito del libro de Augusto Aguilar Calahorro», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 128, mayo-agosto (2023), pp. 307-315. https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-09/40187redc12811biglino-campos.pdf

«El Estatuto de Autonomía como norma que transfiere competencias a las Comunidades Autónomas», en González García, I., *El Estatuto de Autonomía como norma jurídica*. En el 40ª aniversario del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, CEPC, Exedra, Madrid, 2023. ISBN en papel: 978-84-259-1994-7, ISBN CEPC PDF: 978-84-259-1993-0, pp. 67-79, https://www.cepc.gob.es/publicaciones/monografias/el-estatuto-de-autonomia-como-norma-juridica-en-el-40o-aniversario-del-estatuto-de-autonomia-de-la

«Introducción. La resiliencia de nuestro sistema constitucional», en Álvarez Vélez, *El Estado constitucional postpandemia: ¿crisis o fortalecimiento*, tirantloblanch, Valencia, 2023, pp. 13-17. ISBN 978-84-1169-098-0.

«Garantizar la independencia de los jueces nacionales, una estrategia de la Unión para frenar el avance del populismo», en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *La garantía jurisdiccional de la constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, CEPC, Madrid, 2023, pp. 405-416.

ISBN 978-84-259-2010-3, https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-12/a-1162-la-garantia-jurisdiccionalvol-1-accesible.pdf

Presentación al capítulo XIV, «Covid-19, Parlamento y justicia constitucional», en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *La garantía jurisdiccional de la constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, tomo II, CEPC, Madrid, 2023, pp. 887-890. ISBN 978-84-259-2011-0, https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-12/a-1163-la-garantia- jurisdiccional-vol-2-accesible.pdf

«Fragmentación parlamentaria, representatividad y gobernabilidad», en *II Jornadas parlamentarias: el parlamento fragmentado y las formas de gobierno*, Congreso de los Diputados, 2024, pp. 331-341. ISBN. 978-84-7943-571-4.

«El Estado de Derecho como parámetro de comunitariedad: la eficacia del valor y de los principios que lo concretan», en López Castillo, A. (dir.), y Bastarreche Bengoa (coord.), *Solapamientos e interferencias en el control de conformidad constitucional y europeo de la ley*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024, pp. 49-75. ISBN 978-84-1056-712-2.

«La huella de Manuel Aragón en la Universidad de Valladolid», en Sierra Porto, H. A.; Padrón Pardo, F., y Rodríguez Vizcaino, J. C., *Manuel Aragón Reyes: el ser humano, el catedrático y el impacto de su obra en el derecho constitucional*», Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2023, pp. 57-62. ISBN 978-628-7676-74-9.

6. Reseñas recibidas

Gómez Montoro, A., «En defensa del Estado Constitucional», reseña de mi libro Retos a la Libertad y Estado Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 117, septiembre diciembre de 2017, pp. 341-348.

Pino Carazo, Ana, reseña de mi libro *Retos a la libertad y Estado Constitucional*, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 29, 2019, pp. 255-262.

Sáez Royo, E., «¿Democracia de abajo arriba vs. Democracia de arriba abajo? El papel de los partidos en los instrumentos de democracia directa», reseña de libro *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa,* coordinado por mí, publicada en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, mayo-agosto de 2017, pp. 355-368.

Reseña de Ana del Pino Carazo del libro *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa,* coordinado por mí, publicada en *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 36, junio de 2017, pp. 209-214.

Arroyo Gil, A., «El inacabado debate sobre la competencia. (A propósito del libro de Paloma Biglino Campos Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia», Madrid, CEPC, 2007). *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto de 2008, pp. 337-354. ISSN 0211-5743.

Recensión de Miguel Azpitarte sobre mi libro *Federalismo de integración y devolución: el debate sobre la competencia*, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 22, 2.º semestre 2008, pp. 698-703.

Reseña de Paulino Martín Martín sobre el libro coordinado por mí y por Juan Durán «Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas», en la *Revista Española de Control Externo*, septiembre de 2008, núm. 30, pp. 170-186.

Reseña Francisco M. Ruiz-Risueño Montoya sobre el libro, coordinado por mi «La política europea de las Comunidades Autónomas y su control parlamentario», publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, nº, pp. 330-335. ISSN 0048-7694.

Reseña de Ramón Punset Blanco «Principio democrático y validez procedimental de las leyes», crítica sobre mi libro «Los vicios en el procedimiento legislativo», publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 12, Nº 35, 1992, pp. 271-276. ISSN 0211-5743.

Reseña de Celso Almuiña Fernández sobre mi libro El socialismo español y la cuestión agraria, 1890-1936, publicada en «Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea», núm. 9, 1989, pp. 323-324. ISSN 0210-9425.

Crítica de Hermi Zaar, Miriam a mi libro sobre «El socialismo español y la cuestión agraria», en Biblio 3W. *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales* (Serie documental de Geo Crítica) Universidad de Barcelona, vol. XIV, núm. 820, 25 de abril de 2009. ISSN 1138-9796.

7. Tesis doctorales dirigidas

Matía Portilla, Francisco Javier: «El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio», Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Tesis leída ante una comisión compuesta por D. Manuel Aragón Reyes, D. Alessandro Pace, D. J. J. Solozabal Echevarría, D. Alfonso Fernandez Miranda y D. J. García Roca el 17 de mayo de 1996, con la calificación de Apto Cum Laude por unanimidad.

Vudisa, Mugumbushi: «La detención preventiva en el ordenamiento jurídico zaireño a la luz del Derecho Comparado», Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid. Tesis leída ante una comisión compuesta por D. Manuel Aragón Reyes, D. Pierre Bon, D. Manuel García Alvarez, D. J. García Roca y D. J. J. Solozabal Echevarría el 20 de mayo de 1997 con la calificación de Apto Cum Laude por unanimidad.

Cazor Aliste, Kamel: «La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República de Chile». Tesis leída ante una comisión compuesta por D. Manuel Aragón Reyes, D. Juan Carlos Ferrada Bórquez, D. Francisco Fernández Segado, D. Francisco Javier García Roca y D. Juan M.ª Bilbao Ubillos el 24 de noviembre de 2000 con la calificación de Sobresaliente cum Laude por unanimidad.

Ortega Santiago, Carlos: «Mandato representativo de Diputados y Senadores (La prohibición de mandato imperativo frente a los partidos políticos)». Tesis leída ante una Comisión compuesta por Ángel Garrorena Morales, Javier García Roca y Francisco Caamaño Domínguez, el 7 de noviembre de 2003 y calificada con Sobresaliente cum Laude por unanimidad.

Sánchez Muñoz, Óscar: «El principio constitucional de igualdad de oportunidades en las competiciones electorales». Tesis leída en la Universidad de Valladolid ante una comisión compuesta por M. Aragón Reyes, J. J. Solozabal Echevarría, Francisco Caamaño Domínguez, Javier García Roca y Alfonso Fernández Miranda, el 24 de marzo de 2006 y calificada con Sobresaliente cum Laude por unanimidad.

Robledo Silva, Paula: «La autonomía municipal colombiana como garantía Institucional». Tesis leída en la Universidad de Valladolid ante una comisión compuesta por J. J. Solozabal Echevarría, Ángel Gómez Montoro, Humberto Sierra Porto, Fernando Rey Martínez el 18 de enero de 2008 y calificada con Sobresaliente cum Laude por unanimidad.

Noll Barbosa, Marcia: «El conflicto de intereses en la función ejecutiva: un régimen en formación en el ordenamiento brasileño». Tesis leída en la Universidad de Valladolid ante una comisión compuesta por M. Aragón Reyes, José Joaquím Gomes Canotilho, Lucia Amaral, Fernando Rey Martínez, Juan María Bilbao Ubillos el 29 de mayo de 2009 y calificada con Sobresaliente cum Laude por unanimidad.

Codirección tesis doctoral de Ruiz Legazpi, Ana, «La expulsión de menores extranjeros: límites constitucionales». Tesis leída en la Universidad de Valladolid ante una comisión compuesta por J. J. Solozabal Echevarria, Eliseo Aja Fernández, Jose Antonio Montilla Martos, Fernando Rey Martínez, Juan María Bilbao Ubillos el 9 de septiembre de 2010 y calificada con Sobresaliente cum laude por unanimidad.

Janeiry Boyer sobre «Las garantías electorales en el Derecho peruano: de un modelo tripartito a un modelo constitucional y garantista». Leída ante una comisión compuesta por D. Manuel Aragón Reyes, A. Fernández Miranda, Concepción García Mahamud, Fernando Rey Martínez y Juan María Bilbao Ubillos en la Universidad de Valladolid el 19 de diciembre de 2011 y calificada con sobresaliente cum laude por unanimidad.

Dueñas Castrillo, Andrés: «Las Comunidades Autónomas como laboratorios de Democracia: participación de los ciudadanos y relaciones entre poderes». Leída ante

una comisión compuesta por D. Javier Matia Portilla, Ana Carmona Contreras y Lucio Pegoraro en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid el 11 de enero de 2020 y calificada con sobresaliente cum laude por unanimidad. Premio Fundación Giménez Abad para trabajos de investigación sobre el Parlamento, 19 abril 2021 (https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/actividades/resolucion-xi-premio-manuel-gimenez-abad-para-trabajos-de-investigacion-sobre-el)

8. Méritos pedagógicos

Certificado de aptitud pedagógica expedido por el Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad de Valladolid tras la realización de los cursos de formación pedagógica (CAP). Duración: un curso académico. 1978-1979.

Esquemas y materiales de Derecho Político I 1983/84 y 1984/85. Facultad de Derecho.

Esquemas y materiales de Derecho Político II 1984/85. Facultad de Derecho.

Proyecto de innovación educativa, dentro de la convocatoria para la concesión de ayudas para la elaboración de Recursos de Apoyo a la Enseñanza Universitaria, para la realización de un proyecto para la elaboración de una «Página Web de Derecho Constitucional», durante el bienio 1999-2000 (VA 09/99). El mismo proyecto recibió apoyo parte la convocatoria de proyectos de mejora e innovación docente 1999-2000, del Vicerrectorado de Extensión Universitaria de la Universidad de Valladolid. También fue el Vicerrectorado de Economía de dicha Universidad.

Directora del Diploma en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, cursos 2009/2010 y 2010/2011.

Directora del Master en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, curso 2011/2012.

Coordinadora del Proyecto de Innovación Docente Lecciones y Prácticum de Derecho Constitucional, reconocido por la Universidad de Valladolid como destacado en la convocatoria 2013/2014.

Coordinadora del Proyecto de Innovación Docente Lecciones y Prácticum de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid, 2014/2015.

9. Proyectos de investigación subvencionados

Contrato de investigación con el Centro de Estudios Constitucionales adjudicado el 15 de febrero de 1985 para la realización de un estudio acerca de «La iniciativa legislativa popular».

Subvención de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León para el Instituto de Estudios Europeos para la coordinación de un Diccionario de Asuntos Comunitarios, en enero de 1995.

Dirección de un Proyecto de Investigación dentro del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León para realizar un estudio sobre Consejos de Cuentas y Comunidades Autónomas: propuestas para Castilla y León» Número de referencia: VA 59/97, BOCyL de 1 de abril de 1997, durante el bienio 1997-1988.

Dirección de un Proyecto de Investigación dentro del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación de la Consejería de Cultura de la Junta de Castilla y León para la realización de un estudio sobre «La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea. Especial referencia al caso Castellano-Leonés», durante el bienio 1999-2000.

Proyecto de Investigación dentro de la convocatoria pública del Programa de apoyo a proyectos de investigación realizada por la Dirección General de Universidades e Investigación de la Consejería de Educación y Cultura (Junta de Castilla y León) para la ejecución del proyecto de investigación «Órganos consultivos y Comunidades Autónomas: propuestas para Castilla y León», para el bienio 2000-2002 (Referencia VA31/00B).

Participación en el proyecto de investigación, coordinado por A. Calonge Velázquez, sobre «La ampliación de la Unión Europea y sus retos: la reforma institucional», para el bienio 2002/2003, subvencionado por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León en la convocatoria pública del programa de apoyo a proyectos de investigación a iniciar en el año 2002. Referencia Va053/002. Fecha: 2002/2003.

Participación en el proyecto de investigación, coordinado por A. Calonge Velázquez, sobre «La convención europea 2002-2003: el futuro funcional e institucional», subvencionado por la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León en la convocatoria pública del programa de apoyo a proyectos de investigación a iniciar en el año 2003. Referencia Va 098/04. Fecha: 2004/2005.

Investigadora principal del Proyecto de investigación de referencia SEJ2004-04716/JURI sobre «La articulación del control externo de cuentas públicas: hacia fórmulas de federalismo cooperativo» dentro de la Convocatoria de ayudas para la financiación de Proyectos de I+D en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación tecnológica 2004-2007, convocadas por orden CTE/313/2003, BOE de 11 de noviembre de 2003. Fecha de inicio del proyecto: 13 de diciembre de 2004. Fecha de finalización del proyecto: 12 diciembre de 2007.

Investigadora principal del proyecto de investigación de referencia VA104A05 sobre «Reforma de la Constitución y Estatuto de Autonomía» dentro del Programa de apoyo a proyectos de investigación de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, convocado por Orden EDU/1143/2004 (BOCyL de 6 de julio) y resulto por Orden EDU/786/2005 (BOCyL de 22 de junio).

Miembro del equipo del proyecto de investigación DER2008-00185/JURI, sobre *Pluralidad de Ciudadanías y participación democrática*, concedido por la Secretaría de Estado de Universidades del Ministerio de Ciencia e Innovación para el periodo 2009-2011. Investigador principal Javier Matía Portilla.

Dirección del Proyecto sobre *Calidad democrática de la Unión: propuestas de mejora*, COMM/MAD/2013-02 ES 12, 2014.

Co-dirección del proyecto DER2013-40585-P sobre *Crisis de la representación y reforma de los Partidos Políticos*, Convocatoria 2013, Proyectos I+D programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, Ministerio de Economía y Competitividad, Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, Convocatoria 2013, fecha de inicio: 01/01/2013, 3 años. Cuantía total: 20.000 euros.

Miembro del equipo de investigación del proyecto DER2016-75993-P sobre *España ante Europa: retos en materia de derechos humanos,* Proyectos de I+D programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, Ministerio de Economía y Competitividad, Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, Convocatoria 2016, fecha de inicio 01/01/2016, 4 años. Cuantía total 53.000 euros.

Investigadora principal del Proyecto sobre «Derechos humanos en un escenario multinivel. Dos ejemplos: participación e intimidad, subvencionado por la Consejería de Castilla y León por orden EDU/667/2019, dentro de la convocatoria pública para la para la concesión de subvenciones destinadas al apoyo de los grupos de investigación reconocidos de universidades públicas de Castilla y León, a iniciar en el 2019, 3 años. Cuantía total: 12.000 euros.

Miembro del equipo de investigación del proyecto PID2020-113929GB-100 sobre «Los límites de la autonomía de las Universidades públicas» codirigido por Javier Matia Portilla y Luis Delgado del Rincon, dentro de la convocatoria I+D programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica del de excelencia, 1/09/2021-31/08/2021.

Directora del Grupo de Investigación sobre Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. 2006.

Directora del Grupo de Investigación de Excelencia en Derecho Constitucional (GR95) reconocido por la Dirección General de Universidades de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León por Resolución de 15 de noviembre de 2007.

Directora de la Unidad de Investigación Consolidada, reconocida por la Dirección General de Universidades e Investigación de la Junta de Castilla y León por Resolución de 11 de septiembre de 2017.

10. Comunicaciones y ponencias presentadas a congresos

«El fondo de compensación interterritorial previsto en el Anteproyecto constitucional y su comparación con el sistema italiano», en IV Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional. Valencia, octubre 1978.

«La jurisprudencia constitucional sobre el artículo 23 de la Constitución», ponencia presentada al VI Congreso de Ciencia Política y Derecho Constitucional. Albacete, abril 1987.

«Los vicios en el procedimiento legislativo», comunicación presentada a las Jornadas sobre El Parlamento y sus transformaciones actuales, Cartagena. abril, 1989.

«La publicación como fase del procedimiento legislativo». Ponencia expuesta en las V Jornadas de Derecho Parlamentario sobre «El procedimiento legislativo», organizadas por la Secretaría General del Congreso de los Diputados y por la Secretaría General del Senado. Madrid, enero de 1994.

Participación en el Segundo simposio de Derecho Constitucional sobre Los procesos constitucionales, organizado por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, el 27 y 28 de septiembre de 1991.

Participación en la mesa redonda sobre «La creación del Procurador del Común en Castilla y León: objetivos y expectativas» dentro de las jornadas acerca de El Procurador del Común: Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas, organizadas por las Cortes de Castilla y León y el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 27 y 28 de octubre de 1994.

Participación con una Conferencia acerca de «El papel de las Entidades Fiscalizadoras superiores (Contralorías y Tribunales de Cuentas) en apoyo a los Congresos Nacionales» en la V Sesión Ordinaria de la Asamblea General de Organización Latinoamericana y del Caribe en Ciencias Fiscalizadoras (OLACEFS) (Lima, Perú, 26 noviembre, 1 de diciembre de 1995). La Conferencia y el posterior debate aparecen publicados en V Asamblea Olacefs. Memoria. Lima, Perú, 1995, pp. 74-92.

Participación con una Conferencia sobre «La protección de los Derechos Humanos en el ámbito Europeo» en el I Congreso nacional e internacional de Derecho Público sobre Estado, Sociedad y Derechos Humanos, celebrado ene la Universidad de Rosario, Argentina, 11 al 14 de septiembre de 1996.

Participación con una ponencia acerca de «El estatuto del nacional comunitario: los derechos políticos» en una mesa redonda dentro de las Jornadas de Estudio sobre

los derechos del Extranjero en el Ordenamiento español, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Defensor del Pueblo y el Consejo Económico y Social de la CAM, 8 y 9 de mayo de 1997.

Participación con una ponencia acerca de «La ciudadanía y la democratización de la Unión Europea» en la VIII Jornada sobre la CIG 96 y el Tratado de Amsterdam, organizada por la Fundación Hispania/Europa, Paraninfo de la Universidad de Valladolid, 11 de noviembre de 1997.

Participación con una Ponencia acerca de «Algunas consideraciones sobre la eficacia de los actos parlamentarios» en el Seminario sobre el Acto Parlamentario, celebrado por el Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 28-29 de enero de 1998.

Participación como moderadora y con una ponencia sobre «Las cuotas internas en los Partidos Políticos» en la Jornada sobre Mujer y Participación Política, organizada en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid con la Colaboración de la Dirección General de la Mujer e Igualdad de oportunidades de la Junta de Castilla y León, octubre de 1999.

Participación, con una ponencia sobre «La inviolabilidad de la persona del Rey y el refrendo de sus actos» en las VII Jornadas de Derecho Parlamentario sobre La Monarquía parlamentaria, organizado por las Cortes Generales y celebradas en el Congreso de los Diputados, Madrid, 1 y 2 de marzo de 2001.

Participación, con una ponencia sobre «El procedimiento legislativo en un senado territorial», en la mesa sobre «Las reformas necesarias» en la Jornada Parlamentaria sobre «La reforma del Senado y la Integración Constitucional, Palacio del Senado, 17 de octubre de 2002.

Participación, con una ponencia sobre «Derechos frente a la Unión, derechos frente a los Estados miembros», en el panel acerca de «Constitución y Carta de los Derechos fundamentales en la Unión Europea», en las Cuartas Jornadas Internacionales sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 7/8 de noviembre de 2002.

Participación, con una ponencia acerca de «La posición constitucional del Tribunal de Cuentas» en la mesa redonda sobre el Tribunal de Cuentas, en las Jornadas sobre «El Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas, Universidad de Burgos, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Aula Caja Burgos de Estudios Empresariales, Burgos, 18 de noviembre de 2002.

Participación con una ponencia acerca de «Comunidades Autónomas y Unión Europea en la mesa redonda sobre «La cooperación entre las Entidades Territoriales», en las jornadas sobre «Veinticinco años de autonomías territoriales», organizadas por el

Parlamento de Navarra y el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Navarra, jueves, 12 de diciembre de 2002.

Participación, con una conferencia sobre «Los efectos del proceso de integración europea en la distribución de competencias en los estados federales», en el Seminario sobre «Las repercusiones del proceso de constitucionalización de la Unión Europea en la distribución de competencias y el Derecho interno» organizado por el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona y el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, Barcelona,2 de diciembre de 2002.

Conferencia sobre «La Constitución española y la unión Europea» en el ciclo de Reflexiones en homenaje a la Constitución, organizado por el Parlamento de Andalucía, Sevilla, 23 de septiembre de 2003.

Participación, con una ponencia sobre «La constitucionalidad de las listas electorales paritarias», en la Mesa redonda sobre Constitución y Género, en el Congreso de Derecho Constitucional sobre el XXV Aniversario de la Constitución, organizado por la Universidad de Málaga, 16 y 17 de octubre de 2003.

Participación, con una ponencia sobre «Ciudadanía nacional y ciudadanía europea, en el Congreso internacional sobre Constitución y Democracia (25 años de Constitución y democrática en España, celebrado en Bilbao del 19 al 23 de noviembre de 2003, organizado por la Universidad del País Vasco, con el patrocinio del Ministerio de la Presidencia.

Participación, con una ponencia acerca de «El control sobre el Parlamento», en una Mesa redonda acerca del fortalecimiento de los partidos políticos, parlamento y sociedad civil en el Seminario sobre Cooperación al desarrollo y promoción de la democracia y del Estado de Derecho, organizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría de Estado para la Cooperación internacional y para Iberoamérica, Valladolid, 15 de diciembre de 2003.

Participación, con una ponencia acerca de «El consejo social de la ciudad y democracia municipal» en una mesa redonda sobre «Posición, relaciones y cauces de colaboración de los CES regionales y nacional con los Consejos Sociales de Ciudad», en el Encuentro anual de los Consejos Económicos y sociales, organizado por el Consejo Económico y Social de Castilla y León, Valladolid, 16 de abril de 2004.

Participación con una conferencia acerca de «La posición institucional de los Consejos Consultivos» en el Seminario sobre «El consejo Consultivo de Castilla y León: una realidad para el servicio Público», organizado por el Consejo Consultivo de Castilla y León, Zamora, 27 y 28 de abril de 2004.

Participación, con una ponencia acerca de «biotecnología, dignidad de la persona y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, en una mesa redonda sobre «Biotecnología, bioetica e dereitos fundamentais» en el III Seminário

internacional-Direitos Fundamentais e Sociedade Tecnológica, 9-11 de septiembre de 2004, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, Brasil.

Dirección y participación en la Mesa Redonda sobre «Constitución Europea y relaciones entre ordenamientos», en el III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre la Constitución Europea, celebrado en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, el 21 y 22 de diciembre de 2004.

Presentación y participación de una Mesa Redonda sobre «Instrumentos competenciales» en el Seminario sobre «Reformas Territoriales, celebrado por la Fundación Pablo Iglesias en Sigüenza, los días 10 y 11 de marzo de 2005.

Participación con una ponencia sobre «Género y Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en una Mesa redonda sobre Género y Estatutos de Autonomía en el Congreso internacional sobre Género, Constitución y Estatutos de Autonomía, organizado por el Instituto Nacional de Administración Pública y Goberna, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 4 y 5 de abril de 2005.

Participación, con una ponencia sobre «El tratamiento de la cuestión regional en el ordenamiento constitucional» en el Primer seminario Hispano Italiano sobre Administraciones Territoriales, organizado por el Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 3 y 4 de de octubre de 2005.

Participación, con una ponencia acerca de «El Senado, Cámara de conexión entre las Comunidades Autónomas y la Unión Europea», en la Jornada organizada por el Centro de Estudios Constitucionales y el Consejo de Estado para debatir La Reforma del Senado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 11 de octubre de 2004.

Dirección de las Jornadas de Estudio sobre «El control externo de las cuentas públicas en la Comunidad de Castilla y León», organizadas por el Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid con la colaboración de la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León, Valladolid, 21 de octubre de 2005.

Participación en las jornadas sobre «El control externo público para el siglo XXI», organizadas por el Consello de Contas de Galicia con una ponencia sobre «Control de cuentas y principio de autonomía», en la mesa redonda sobre «La actividad de los órganos de control externo público en la visión de los analistas. Santiago de Compostela, 4 de mayo de 2006.

Participación en la Mesa redonda sobre «Encuentro abierto e intercambio de experiencias» en el Curso sobre «El control externo de las Administraciones públicas IV. «Evaluación de Políticas» el 6 de julio de 2006, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Verano de MasPalomas, Gran Canaria.

«Reforma electoral en España», 20 de septiembre de 2006, en el II Seminario iberoamericano sobre Partidos Políticos sobre Procesos de reforma en los sistemas de gobierno, sistemas electorales y sus efectos en los sistemas de partidos, organizado por la Agencia española de Cooperación internacional, Cartagena de Indias, Colombia, 19 al 22 de septiembre de 2006.

Dirección de las Jornadas sobre «El proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía: la reforma en la Comunidad Autónoma de Castilla Y León. Valladolid, Facultad de Derecho, 19 y 20 de octubre de 2006. Estas jornadas fueron objeto de una ayuda, convocada por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, Orden EDU/1441/2005, de 27 de octubre («BOC y L» núm. 212, de 3 de noviembre), resuelta por Orden EDU/704/2006, de 27 de abril; asimismo, recibieron una Ayuda de la Universidad de Valladolid en el programa de Ayudas para la realización de jornadas científicas.

Participación con una ponencia sobre «Parlamento y órganos de fiscalización externa de las cuentas públicas» en las jornadas sobre Técnicas de Gestión, Financiación y fiscalización del sector público», Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, 6 y 7 de noviembre de 2006.

Participación en las jornadas sobre La reforma del Estado autonómico, jornadas de Estudio sobre el Informe del Consejo de Estado, Universidad de Navarra, Pamplona, 11-12 de diciembre de 2006.

Participación con una ponencia sobre «El principio de primacía del Derecho Comunitario: la perspectiva española» en las Jornadas sobre Constitución Nacional y Unión Europea, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 14 y 15 de diciembre de 2006.

Participación con una conferencia sobre «El principio de primacía del Derecho Comunitario: la perspectiva española» en las V Jornadas sobre la Constitución Europea, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Granada, 28-29 de marzo de 2007.

Conferencia sobre «Género, leyes de cuotas y acceso a los cargos de elección popular», Senado de la Republica de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 19 de junio de 2007.

Participación con una ponencia sobre «La posición institucional de los Consejos de Cuentas y reforma de los Estatutos de Autonomía» en mesa redonda sobre «Reflexión para una actualización normativa en la fiscalización» en el encuentro celebrada el 10 julio de sobre El control externo de las Administraciones públicas V: Avanzando en la evaluación de políticas, Universidad de Verano de Maspalomas, Gran Canaria, 9-11 de julio de 2007.

Participación como asistente en el II Encuentro Internacional de Formación y Cooperación. Fondos de solidaridad interterritorial, Audiencia de Cuentas de Canarias, Maspalomas (Gran Canaria, 12 de julio de 2007.

Participación en Mesa redonda sobre «Valores constitucionales y educación para la ciudadanía en la Jornada Parlamentaria sobre Educación para la ciudadanía y valores constitucionales, Grupo Parlamentario Socialista, Congreso de los Diputados, Madrid, 10 de septiembre de 2007.

Participación en una Mesa redonda sobre «El proceso de adaptación de nuevos planes de estudio: aspectos prácticos» en las II Jornadas sobre la adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 4 de octubre de 2007.

Conferencia sobre «Igualdad, libertad y participación política de las mujeres en el Seminario Iberoamericano sobre participación política y fortalecimiento democrático en los últimos procesos electorales celebrados en América Latina y España. Centro de Formación de la Cooperación Española en La Antigua, Guatemala (AECI), 27-30 de noviembre. Intervención 28 de noviembre de 2007.

Participación en la mesa redonda sobre «La administración local y el nuevo Estatuto de Autonomía», en la Jornada sobre Los Entes locales en el nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León, Fundación Democracia y Gobierno Local, Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 12 de diciembre de 2007.

Ponencia acerca de «Variaciones sobre las listas de composición equilibrada»: comentario a la STC 12/2008». Seminario permanente de profesores de Derecho Constitucional, dirigido por los Prof. Dr. D. Francisco Rubio Llorente y M. Aragón Reyes, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 29 de febrero de 2008.

Conferencia sobre «La posición de los ciudadanos en la Unión Europea», VI Jornadas sobre la Constitución Europea, 12 de marzo de 2008, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

Conferencia de apertura sobre «La necesidad y las formas de control electoral» en el Seminario Iberoamericano sobre los controles en los procesos electorales: controles internos y externos, de naturaleza judicial y económica. Una perspectiva comparada. Centro de Formación de la Cooperación Española en Cartagena de Indias, Colombia, 1 de julio de 2008.

Participación en Mesa redonda sobre «Internacionalización de los conflictos en los países andinos», en el coloquio sobre Procesos políticos en los países andinos, organizado en la Casa de América, Madrid, 26 de septiembre de 2008 por la AECI, IDEA internacional y Casa de América.

Intervención en mesa redonda sobe «Tablas de derechos y Constitución», en Derechos y Deberes de los ciudadanos de Castilla y León: el Titulo I del nuevo Estatuto de Autonomía, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 2 y 3 de octubre 2008.

Conferencia de clausura sobre «Transparencia y ciudadanía en el Tratado de Lisboa», en el Congreso sobre La gestación, el contenido y las perspectivas del Tratado de Lisboa, Segovia, 9 y 10 de octubre de 2008.

Conferencia sobre «Principios constitucionales y formas de control electoral», Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Rioja, XXX aniversario de la Constitución Española, 25 de noviembre de 2008.

Ponencia sobre «La influencia del constitucionalismo italiano en el Título VIII de la Constitución», en la mesa redonda sobre Sesenta años de Constitución italiana y treinta años de Constitución española, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 28 de noviembre de 2008.

Conferencia de clausura sobre «El desarrollo del Estado de las Autonomías: una evaluación», Jornadas de Estudio sobre Reformas estatutarias y Estado Autonómico, Facultad de Derecho de Granada, Instituto Andaluz de Administración Pública, Granada, 19 de febrero de 2009.

Comparecencia con una intervención sobre «Las papeletas del Senado: algunos problemas», ante la Ponencia del Senado para el estudio sobre clarificación del sistema de voto en las elecciones del Senado, 26 de febrero de 2009.

Introducción «Un análisis comparativo de los organismos del control electoral: introducción», en Seminario internacional sobre el control de los procesos electorales, organizado por la Comisión Europea para la Democracia a través de la Ley (Comisión de Venecia) y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 23-25 de abril de 2009.

Conferencia sobre «Las listas electorales equilibradas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en el Seminario sobre El Derecho de Participación Política en Igualdad: procesos electorales y nombramientos de altos cargos, 13, 14 y 15 de mayo de 2009, organizado por el Grupo de I+D del Plan Nacional de I+D+I: El derecho a la participación política de hombres y mujeres: consecuencias de la aplicación de la LOI a los procesos electorales y el Departamento Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 15 de mayo de 2009

Conferencia sobre «Estructura y garantía de los organismos de justicia electoral y sus miembros», en I Conferencia Iberoamericana sobre justicia electoral», 30 de septiembre al 4 de octubre, organizada por la Junta Electoral de la República Dominicana, Santo Domingo, 1 de octubre de 2009.

Ponencia sobre «Propaganda electoral y principio de igualdad de armas» en mesa redonda sobre El modelo de comunicación política: la propaganda electoral de los servidores públicos», 18 de noviembre de 2009, II Seminario internacional del Observatorio Judicial Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 17, 18 y 19 de noviembre de 2009.

Participación y presidencia de una Mesa redonda sobre «Internacionalización del Derecho Constitucional y constitucionalización del Derecho Internacional» en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Derecho Constitucional Europeo, San Sebastian, 4 y 5 de febrero de 2010.

Conferencia sobre «El Tratado de Lisboa y las facetas de la ciudadanía, VII Jornadas sobre la Constitución Europea, Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 11-12 de marzo de 1010.

Moderadora de una mesa redonda sobre «¿Hacia dónde va América Latina? Una agenda renovada para la región», organizada por Diálogos Foro xx1, FIIAPP, Madrid, 8 de abril de 2010.

Participación con una ponencia sobre «La articulación del control externo de cuentas públicas» en la mesa redonda acerca de «Hacia una reforma del control externo en España», XIX Jornadas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre el Tribunal de Cuenta y otros órganos de Control Externo Autonómico, Logroño, 20-21 de mayo de 2010.

Participación con una ponencia sobre «Planteamiento General: los tipos de garantías» en el Congreso internacional sobre Garantías del Pluralismo Territorial, organizado por Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fundación Manuel Giménez Abad y Forum of Federations, Madrid, 14 y 15 de junio de 2010.

Participación con una ponencia sobre «Justicia constitucional y justicia electoral: principios de articulación», en la mesa redonda sobre Justicia electoral y justicia constitucional: relaciones y dilemas en los diseños normativos e institucionales: las experiencias de España, México, Panamá y Uruguay, II Conferencia Iberoamericana sobre Justicia Electoral, Ciudad de Panamá, 1-3 de septiembre de 2010.

Ponencia sobre «El Estado Autonómico entre integración y poder territorial: la distribución de competencias», 29 de octubre de 2011, Congreso internacional *Los caminos del federalismo*, Universidad del País Vasco, Fundación Canadá, Fundación Jiménez Abad, Bilbao, 19-21 de octubre de 2011.

Ponencia sobre «Pueblo, ciudadanía y participación en el Estado Autonómico» *Jornadas internacionales sobre «Pluralidad de territorios y participación democrática*», organizadas en el marco del Proyecto I+D (Der2008-00185/JURI), Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 8-9 de marzo de 2012.

Ponencia sobre «El sistema electoral español. Un análisis de sus logros y deficiencias después de las recientes elecciones generales», jornada sobre *Los sistemas electorales español y alemán. Un debate sobre sus efectos, límites y propuestas de reforma*, Fundación Jiménez Abad y Konrad Adenauer Stiftung, Palacio de la Aljafería, Zaragoza, 12 de marzo de 2012.

Ponencia sobre «The Constitutional Court, principal player in the Spanish distribution of competences», en el seminario sobre *Territorial Autonomy in the UK and in Spain: issues and challenges*, celebrado en Clare Hall College, Centre for Public Law, University of Cambridge» 14 de septiembre de 2012.

Conferencia sobre «Las tentativas de reforma constitucional en España y las reformas constitucionales de 1992 y 2011, pronunciada el 5 de noviembre de 2012 en las *Jornadas sobre la reforma constitucional y el Principio de estabilidad presupuestaria*, Facultad de Derecho de la Universidad de Albacete, 5-6 de noviembre de 2012.

Ponencia sobre «La supuesta adquisición de propaganda encubierta», pronunciada el jueves, 15 de noviembre, en el *V Seminario internacional del observatorio Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Ciudad de México, México, 15-16 de noviembre de 2012.

Ponencia sobre «21 años sin Código Electoral: retos del Derecho Electoral Colombiano» en el *Foro organizado por la Universidad de Externado de Colombia*, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Constitucional, 8 de noviembre de 2012.

Conclusiones Finales en las Jornadas Conclusivas y de difusión del Proyecto I+D sobre *Pluralidad de Ciudadanías y Participación Democrática*, Instituto de Estudios Europeos de Valladolid, 30 de noviembre de 2012.

Conferencia sobre «Reforma de la Constitución e integración europea» en las *X Jornadas sobre la Constitución Europea*, 20 y 21 de marzo de 2013, Catedra Jean Monet de Derecho Constitucional Europeo, Universidad de Granada, 21 de marzo de 2013.

Participación en la presentación de *Scritti in onore di Alessandro Pace,* organizado por la Catedra Jean Monnet, y el Centro de Investigación de Derecho Constitucional Peter Haberle de la Universidad de Granada. 22 de marzo de 2013.

Ponencia sobre «Acceso individual ante los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad en Europa» en la Conferencia internacional sobre *Acceso individual a la Justicia Constitucional en América Latina*, 29-31 de mayo de 2013, Arequipa, Perú.

Participación en mesa redonda sobre «Crisis institucional, Constitución, Corona, Parlamento y Sistemas electoral, Unión Europea». Seminario sobre *Las dificultades de la democracia en la España actual: crisis política e institucional*. Universidad Autónoma de Madrid, Área de filosofía del Derecho, Madrid, 26-27 de septiembre de 2013.

«De cómo enfocar la crisis de la representación, comunicación presentada en el *XI Congreso de Derecho Iberoamericano de Derecho Constitucional «Jorge Carpizo*, 17, 18 y 19 de septiembre de 2013, Tucumán, Argentina

«Cuestiones actuales del derecho a ser electo» en el *VI Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México, México, 21-22 de octubre de 2013.

Participación en mesa redonda sobre «Supremacía constitucional y tratados internacionales», Congreso internacional de Derecho Electoral. *La implementación de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos*, organizado por el Tribunal Electoral de la Federación, Ciudad de México, 23 al 25 de octubre de 2013.

Presidencia de mesa redonda sobre «Partidos políticos e instituciones», XII *Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España,* Salamanca, 4 de abril de 2014.

Ponencia sobre «Buenos derechos, baja representación», en el Congreso internacional sobre *Derechos Políticos, Instituciones Electorales, Sistema de Gobierno y Democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, México, 24 de junio de 2014.

Ponencia sobre «Control de los procesos electorales», *Seminario Internacional sobre Justicia Electoral y Tutela de los derechos políticos*, Ciudad de México, México, 25 de junio de 2014, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Ponencia sobre «Seguridad ciudadana y derechos fundamentales» *Mesa redonda sobre el proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana* organizada por Jueces para la Democracia, Facultad de Derecho, Valladolid, 17 de diciembre de 2014

Ponencia sobre «La selección de candidatos en México: un punto de vista comparado», en Jornadas internacionales sobre «*Constitución y aspectos constitucionales*», Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, México, 23 de enero de 2015.

Ponencia sobre «Integración europea y legitimidad democrática», en II Congreso sobre «*La última evolución de la Unión Europea en el contexto global*», Fundación Manuel Giménez Abad, Ei&G Universidad de Granada Zaragoza, 5 de mayo de 2015.

Ponencia sobre «Buen Gobierno y principios constitucionales», en el seminario sobre «*A más buen gobierno menos corrupción*», organizado por el Grupos Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción (*Transjus*) y la Fundación Manuel Giménez Abad, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 2 de junio de 2015.

Conferencia sobre «La autonomía territorial como instrumento de democracia: participación, poderes y garantías» en el *XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (UNAM, Mexico) y la Universidad de Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 16 de septiembre de 2015.

Presidencia de mesas redondas sobre «¿Una reforma constitucional en España?» y «Cómo proceder en España. Conceptos e ideas de partidos políticos», en el Seminario sobre Debates sobre el estado Autonómico (IV) – Retos actuales y futuros, organizado por la Konrad Adenauer Stiftung y la Fundación Giménez Abad, Altea, 3 de octubre de 2015.

Ponencia sobre «El Federalismo: garantía del pluralismo territorial», en el Congreso sobre *Demandas de secesión y Federalismo. The ways of federalism. 2nd edition*, De-

partamento de Derecho Constitucional UPV, Bilbao, 25-27 de noviembre de 2015.

Participación en mesa redonda sobre «Medidas de calidad democrática y reformas estatutarias» en la Jornada sobre *La reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León*, Cortes de Castilla y León, 24 de febrero de 2015.

Ponencia sobre «Desarrollo institucional del Estado Autonómico», *Seminario sobre Organización Territorial del Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 3 de mayo de 2015.

Participación en Mesa Redonda del *III observatorio electoral*, Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Comunicación, Segovia, 29 de noviembre de 2016.

Ponencia sobre «La experiencia de la Comisión de Venecia: financiación de campañas, uso de nuevas tecnologías, participación política de las mujeres», en el *Seminario internacional sobre buenas prácticas en materia electoral*, 29-30 de mayo de 2017, Cámara Nacional Electoral, Buenos Aires, Argentina.

Ponencia sobre ¿«Decidir por nosotros mismos o mejorar la representación?», *Seminario sobre Crisis de la representación y democracia directa*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 19 de julio de 2017.

Ponencia sobre ¿«Decidir por nosotros mismos o mejorar la representación?», en las Jornadas sobre *Diversas perspectivas en torno a la crisis de la democracia*, Facultad de Ciencias jurídicas, Universidad Católica del Norte, Chile, 24 de julio de 2017.

Ponencia sobre «La transformación de imagen social de la mujer: derecho y cultura en los estereotipos» *Seminario Fuerzas Armadas y Sociedad Civil, La participación de la mujer en la vida profesional*, CESEDEN, 5 de octubre de 2017.

Ponencia sobre «La opinión de la Comisión de Venecia sobre los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional», en La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional, *XXIII jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Úbeda,* 19-21 de octubre de 2017.

Participación en «Round Table 2: observing electoral justice» y «Round Table 3: the future of electoral justice» en el *12th Implementation Meeting of the Declaration of Principles for International Election Observation,* organizado por la Organización de Estados Americanos, Washington, Estados Unidos de América, 13-15 de diciembre de 2017.

Ponencia sobre «Una democracia en clave federal», impartida en el *Seminario de Derecho Constitucional,* organizado por las Áreas de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad de Valladolid en el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 24 de noviembre de 2017.

Ponencia sobre «Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad», en *Homenaje a la Constitución española en su 40 aniversario,* Fundación M. Giménez Abad, Zaragoza, 14 de febrero de 2014.

Conferencia sobre «Unión Europea ¿Freno o garantía de democracia de los Estados Miembros?», en *Perspectivas actuales del proceso de integración europea* Fundación Peter Häberle, Fundación M. Giménez Abad, Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, Zaragoza, 22 de febrero de 2018.

Ponencia sobre «La participación directa» Seminario sobre *Democracia directa y democracia representativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Colegio de Registradores, Madrid, 8 de marzo de 2018.

Participación en mesa redonda sobre «La Constitución de 1978 en perspectiva Málaga, en el *XVI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* sobre *40 años de Constitución: Una mirada al futuro*, 26-27 de abril de 2018.

Conferencia de apertura sobre «Control electoral y Estado de Derecho», en el *Seminario internacional. V Observatorio Internacional de Derechos Políticos*, Academia Internacional de Derechos Humanos, Universidad de Valladolid, Valladolid, 7-8 de mayo de 2018.

Ponencia sobre «Pueblo, poder constituyente y constitución» en la *Jornada sobre 40ª aniversario de la Constitución española*, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 28 de junio de 2018.

Ponencia sobre «Significado de la Constitución española de 1978» en el *Congreso Internacional Constitucional*, organizado el Congreso de los Diputados, el Senado y el CEPC, Madrid, 4-5 de octubre de 2018.

Ponencia sobre «Estado de partidos y democracia», en las Jornadas sobre *40 años de la Constitución española: balance y perspectivas,* organizadas por el Aula de Derecho Parlamentario Universidad de Navarra y el Parlamento de Navarra, Pamplona, 19 de octubre de 2018.

Ponencia sobre «Críticas a la representación, a los partidos y a las Cortes Generales» en la Jornada sobre *40 ans d'application de la Constitution espagnole,* IE21A, Université de Pau et des Pays de L'Adou, Pau, Francia, 16 de noviembre de 2018.

Ponencia sobre «Reforma electoral: representatividad-gobernabilidad-circunscripción electoral» en *Un nuevo impulso a la modernización del Estado. XIII Jornadas del Anuario de la Facultad de Derecho en Madrid,* Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, 22-23 de noviembre de 2018.

Conferencia de apertura sobre «Constitución y Control de Cuentas», en las *Jornadas sobre Control de Cuentas y Constitución* organizadas por la Asociación de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas, CEPC, Madrid, 24 de enero de 2019.

Participación en la mesa redonda sobre International Best Practices in EDR, con una ponencia sobre «Venice Commission's Code of Good Practice in electoral matters and electoral complains and appeal», Congreso internacional sobre *Electoral Appeals and Complaints in The Arab Region*, Dead Sea, Jordania, 4-5 de febrero de 2019.

Participación en mesa redonda sobre «Democracia y Constitución» en el *XXVI Biennial WJA Congress. Constitution, Democracy and Freedom*, World Law Congress, 19 de febrero de 2019.

Moderación de mesa redonda sobre «Políticas y estrategias de seguridad nacional, Jornada sobre *La seguridad nacional: Problemas jurídicos y aplicación práctica de la Ley 36/2015* organizado por el IEE de la Universidad de Valladolid y el Departamento de Seguridad Nacional, Presidencia del Gobierno, Valladolid, 14 de marzo de 2019.

Ponencia sobre «La transparencia en el financiamiento electoral», en la mesa redonda sobre «La transparencia en el financiamiento electoral. Competencia. Delitos electorales. Medios digitales. *II Seminario internacional sobre Buenas prácticas en materia electoral*, organizado por la Cámara Nacional Electoral, Ministerio del Interior de la República Argentina y la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, Buenos Aires, 30 de mayo de 2019.

Ponencia sobre «Dos ejemplos de la aportación de la Comisión de Venecia al patrimonio constitucional común» en la mesa redonda sobre «La Comisión para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa», en el Seminario sobre *Los principios de Venecia sobre la institución del Defensor del Pueblo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 13 de junio de 2019.

Moderación de una mesa redonda sobre «La cláusula del Estado de Derecho como parámetro de control de comunitariedad de la ley en los Estados miembros» en la Jornada sobre *Solapamiento e interferencias en el control de la ley*, CEPC y Proyecto I+D «El control de la ley: constitucional, comunitario y convencional» (DER2016-78391-P), Madrid, 11 de noviembre de 2021.

Participación en el seminario on line sobre *Territorio e territori nell'Unione Europea*, organizado por el Dipartimento di Giurisprudenza Università di Torino (Italia), 18 de junio de 2020.

Ponencia sobre «Las competencias en el Estado Autonómico y su ejercicio» en la mesa redonda acerca de «El Estado Autonómico tras la crisis de la COVID-19», en el seminario *Debates sobre el Estado (IX). El Estado Autonómico y la crisis de la COVID-19*, organizado por la Fundación Giménez Abad y Konrad Adenauer, on line, 27 y 28 de octubre de 2020.

Ponencia sobre «Los desafíos de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea» en la jornada sobre *Derechos Fundamentales en la UE: 20 años de la Carta Europea,* organizada por la Comisión Europea, la Fundación Konrad Adenauer y la Fundamental Rights Agency de la Unión Europea, 23 de febrero de 2021.

Ponencia sobre «El Estado de Derecho y sus desafíos» en la Jornada sobre *Comisión de Venecia: 30 años promoviendo la democracia constitucional*, organizada por la Fundación Giménez Abad, 24 de febrero de 2021.

Ponencia sobre «La fragilidad de la responsabilidad política en tiempos de Coronavirus» en el Congreso internacional sobre *Populism and Contemporary Democracy in Europe. Between Old Problems and New Challenges,* organizado por el Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo y la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, 26 de febrero de 2021.

Ponencia sobre «Cinco notas sobre la compleja forma de ser del derecho de acceso a la función pública» en la mesa redonda sobre «el derecho de acceso a los cargos públicos», en el *I Congreso internacional: retos del empleo público y el servicio civil*, organizado por la Escuela Nacional de Administración Pública, Autoridad Nacional del Servicio Civil de Perú, 25-27 de marzo de 2021.

Ponencia sobre «La influencia de la Comisión de Venecia en el continente latinoamericano» en el seminario sobre *La Comisión de Venecia y España: una herencia compartida*, organizado por el CEPC y la Comisión de Venecia, Madrid, 13 de abril de 2021.

Ponencia sobre «La perspectiva jurisprudencial» en la mesa redonda acerca de «Los procesos de normalización de las lenguas cooficiales como lenguas docentes: una aproximación interdisciplinar» en la *Jornada sobre Oficialidad lingüística y lenguas docentes en España: balance y perspectivas*, 12 de mayo de 2021, organizado por la Fundación Manuel Giménez Abad, on line.

Participación como comentarista en la jornada sobre Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional, 24 de septiembre de 2021, organizada por Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

Participación en la mesa redonda sobre «El estado de derecho en situaciones de emergencia» en el Seminario sobre *Reformas contemporáneas del Estado de Derecho*», organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Fundación Giménez Abad, Monasterio de Piedra, Zaragoza, 4 y 5 de octubre 2021.

Participación en la mesa redonda en la jornada sobre «Financiación de partidos y lucha contra la corrupción», organizado por la Red de Investigación en Cultura de la Legalidad y Lucha contra la Corrupción [2] (ref. RED2018102533T), Valladolid, 10 de diciembre de 2021.

Participación en la mesa redonda acerca de «La independencia del *poder judicial*» en el *XII Encuentro iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. La garantía jurisdiccional de la Constitución a cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España*, organizado por el Tribunal Constitucional de España, la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, CEPC, Madrid, 9-11 de marzo de 2022.

Coordinación y participación en la Ponencia general de apertura del XIX *Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España* sobre «El Estado constitucional pospandemia: ¿crisis o fortalecimiento?», Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 24-25 de marzo de 2022.

Participación con una ponencia sobre «La participación política en la Unión Europea: un panorama con claroscuros» en el Seminario García-Pelayo sobre «Retos a la protección multinivel de los derechos de participación política y de libertad», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales», Madrid, 28 de abril de 2022.

Ponencia sobre «Las normas europeas y los consejos judiciales» en el Encuentro anual de profesores de Derecho Constitucional, Residencia Universitaria de Sedano, Burgos, 4 de junio de 2022.

Participación con una ponencia en la mesa redonda sobre «¿Está en crisis el parlamentarismo?» en el *VI Congreso Internacional del Seminario Italo Spagnolo, Granada*, Facultad de Derecho Universidad de Granada, EUCONS, 7 de octubre de 2022.

Participación con una ponencia sobre «Los Estatutos de Autonomía como normas que transfieren competencias» en la jornada sobre el *40 aniversario del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia*, organizado por la Fundación Séneca de Ciencia y Tecnología, Murcia, 28 de octubre de 2022.

Participación con una ponencia sobre «Estado y nación» en las Jornadas sobre Aragón y la España territorial: una hoja de ruta para un futuro inmediato, organizadas por la Fundación Giménez Abad y las Cortes de Aragón, Zaragoza, 29-30 de noviembre de 2022.

Ponencia sobre «La forma de gobierno de las Universidades» en la Jornada sobre *Los límites orgánicos internos a la autonomía universitaria*, dentro del programa de actividades del proyecto de investigación sobre los límites de la autonomía de las Universidades públicas (PID2020-113929GB-100) del ministerio de Ciencia e Innovación, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 12 de diciembre de 2022.

Participación con una ponencia en la mesa redonda acerca de «Parlamento fragmentado: ¿un parlamento más fuerte o más débil?», en las *II Jornadas Parlamentarias sobre el parlamento fragmentado y la forma de gobierno,* organizadas por la Dirección de Estudios del Congreso de los Diputados, Fundación Giménez Abad, Instituto de Derecho Público Comparado, de la UC3M, Instituto de Derecho Parlamentario de la UCM y el Centro de Estudios Políticos de la UNED, Madrid, 30-32 de enero de 2023.

Presentación y moderación de la mesa redonda sobre «El Estado de las Autonomías: ¿superfluo, conveniente o indispensable?», Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 2 de marzo de 2023.

Presentación de la mesa redonda acerca de «Las opiniones de la Comisión de Venecia en torno a los sistemas electorales», en el Seminario sobre *La necesaria reforma electoral en España*, Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Comunicación, Segovia, 10 de marzo de 2023.

Ponencia sobre «Democracia y procedimiento constituyente. Las claves del procedimiento o forma», Jornadas sobre El debate Constitucional de Chile hoy, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, on line, 16 de marzo de 2023.

Ponencia sobre «Los derechos fundamentales en tiempo de guerra», Seminario permanente de profesores de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 14 de abril de 2023.

Presentación y moderación de la mesa redonda en las Jornadas de estudio sobre *El retroceso de la democracia en Europa y en América Latina*, Instituto de Estudios Europeos Universidad de Valladolid, 15 de mayo de 2023.

Ponencia sobre «Ius in bello: protección constitucional de los derechos fundamentales en tiempo de guerra» en el *Seminario Constitución y Guerra*, Centro de Estudios Político y Constitucionales, Comisión de Venecia, Madrid, 14-15 de septiembre, de 2023.

Ponencia sobre «Estado de Derecho e instituciones democráticas: ¿Un modelo en crisis?, en *Estado de Derecho e instituciones democráticas en el actual contexto sociopolítico, XXIX jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Vigo, 20 de octubre de 2023.

Moderación de una mesa redonda sobre «Amnistía y cuestión territorial», en la Jornada de debate *Ley de amnistía. Cuestiones constitucionales*, CEPC, Madrid, 24 de abril de 2024.

11. Cursos y conferencias impartidos

Seminario sobre «La Constitución española de 1978», para profesores de Bachillerato. ICE de Valladolid, curso 1981-82.

Curso sobre «La Constitución y la Escuela», para profesores de EGB ICE de Valladolid, curso 1982-83.

Participación en el ciclo de conferencias organizado por el Centro de Perfeccionamiento de Funcionarios del Ayuntamiento de Valladolid sobre «La Constitución española», desarrollando los temas «Historia del constitucionalismo español» y «España como Estado social y democrático de derecho: el Título Preliminar de la Constitución» (septiembre-octubre de 1983).

Participación en el ciclo de conferencias organizadas por la Fundación Municipal de Cultura, sobre «La Constitución española», desarrollando los temas «España como

Estado social y democrático de derecho» y «Los poderes del Estado y su división» (febrero-marzo de 1984).

Colaboración con la Junta de Castilla y León en el «Primer Curso sobre Derecho y Economía en la CEE» (16 de junio de 1988).

Colaboración con la Junta de Castilla y León en el curso sobre «Diplomados en consumo» (octubre 1989, octubre 1990, febrero 1991, enero 1994).

Profesora del Curso de especialización sobre «Derecho y Economía de la CEE», organizado por el Centro de Documentación Europea de Valladolid, bajo la dirección del profesor Dr. D. Justino Duque Domínguez.

Cursos de doctorado impartidos en el Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Constitucional, Procesal y Eclesiástico del Estado (bienio 1987-89).

Participación en el Curso del Instituto de Derecho Parlamentario sobre La situación jurídica del Parlamentario, organizado por la Universidad Complutense de Madrid, con una lección sobre «Capacidad de acción: el derecho de voto». Abril de 1993.

Participación en el Curso de formación en Asuntos comunitarios, organizado por la Junta de Castilla y León y la Universidad de Valladolid, abril-mayo de 1994.

Cursos de doctorado impartidos en el Programa de Doctorado sobre Derecho y Economía Públicos, de la Universidad de Valladolid, iniciados en 1994 y en curso de realización.

Conferencia acerca de «La polémica actual sobre la reforma de las instituciones», impartida en el Colegio Mayor Peñafiel, Valladolid, el 11 de diciembre de 1993.

Seminario acerca sobre «La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», impartido en el Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad del País Vasco en febrero de 1993.

Conferencia acerca de «La Ciudadanía europea», impartida en el Colegio Mayor María de Molina, Valladolid, el 18 de noviembre de 1994.

Conferencias en el Aula J. Monnet, del Departamento de Economía aplicada de la Universidad de Valladolid sobre «La posición de los ciudadanos en la Unión Europea», enero 1996 y diciembre 1997.

Conferencia en el Aula J. Monnet, del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Burgos acerca de «La ciudadanía europea», febrero de 1996.

Seminario sobre «los nacionalismos en España: la perspectiva constitucional», impartido en la Academia de Caballería de Valladolid, en el marco del convenio entre el Ministerio de Defensa y la Universidad de Valladolid, marzo de 1996.

Participación en la mesa redonda acerca de «Castilla y León, panorama económico y socio-político actual y reflexiones sobre las previsibles incidencias de los Pactos de Gobierno» Club de opinión Libertad y Progreso, Valladolid, 12 de junio de 1996.

Seminario acerca de «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad nacional de Rosario (Argentina) el 12 de septiembre de 1996.

Participación en el Curso de Especialización de Derecho Público de la Universidad de Externado (Santa Fe de Bogotá, Colombia) con tres sesiones del 18 al 20 de septiembre de 1996 sobre «El concepto de Constitución».

Coordinación del curso sobre «La protección jurisdiccional de los Derechos fundamentales», impartido en la Escuela de Prácticas Jurídicas de Valladolid, marzo-junio de 1997.

Ponencia sobre «Las relaciones entre los ordenamientos en el Estado Autonómico», impartida en el Curso sobre El futuro de las Comunidades Autónomas, aspectos constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, el 8 de julio de 1997.

Participación con una lección sobre «El Presidente y la Junta» impartida el 4 de noviembre de 1997 en el I Curso de Derecho Público de Castilla y León, organizado por la Universidad de Valladolid, octubre-noviembre de 1997.

Participación, con un módulo de 20 horas lectivas sobre «Vicios materiales y vicios formales de la ley», en el curso de Especialización en Derecho Constitucional y Parlamentario, organizado por la Universidad de Externado y la Universidad Autónoma de Madrid, Santa Fe de Bogotá, 27-29 de mayo de 1999.

Moderadora de una Mesa redonda organizada por el Comité Unicef-Castilla y León, sobre «Los Derechos del Niño», celebrada el 4 de noviembre de 1999, en la Universidad de Valladolid.

Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Jaén sobre «Mujeres y partidos políticos: las cuotas internas» el 31 de marzo de 2000.

Lección final, sobre «Europa como estructura Federal», en el acto de clausura del curso académico 1999-2000 del Instituto de Estudios Superiores de la Fundación San Pablo (CEU), el 13 de julio de 2000.

Participación, con una ponencia sobre «Parlamento y Control», en el Seminario sobre El control del gasto público en los entes territoriales, dirigido por D. Juan Velarde en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, sede de Formigal, el 11 de septiembre de 2000.

Conferencia acerca de «La forma de las leyes y sus defectos», en el curso sobre El procedimiento legislativo en el seno de la institución parlamentaria, 25 de octubre de 2000 organizado por las Corts Valencianas y la Conselleria de Justicia i Administracions Públiques de la Generalitat Valenciana.

Participación, con una lección sobre «La participación de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia» en el Curso sobre regulación del Comercio minorista de Castilla y León, organizado por la Dirección General de Co-

mercio y Consumo de la Junta de Castilla y León, celebrado en Valladolid del 20 al 28 de noviembre de 2000.

Participación, con una ponencia sobre «Los instrumentos de la Democracia Paritaria» en una mesa redonda sobre «Mujeres y Constitución», Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, 18 de enero de 2001.

Conferencia acerca de «La Unión europea ¿Estructura Federal? en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, el 2 de octubre de 2001.

Conferencia acerca de «La relativitá storica e funzionale del principio di competenza», Facoltá di Giurisprudenza dell'Universitá degli Studi di Roma «La Sapienza», 29 de octubre de 2001.

Conferencia acerca de «La forma de las leyes y sus defectos», en el curso sobre El procedimiento legislativo en el seno de la institución parlamentaria, 1 de octubre de 2001 organizado por las Corts Valencianas y la Conselleria de Justicia i Administracions Públiques de la Generalitat Valenciana.

Participación, con un módulo de 20 horas lectivas sobre «Vicios materiales y vicios formales de la ley», en el curso de Especialización en Derecho Constitucional y Parlamentario, organizado por la Universidad de Externado y la Universidad Autónoma de Madrid, Santa Fe de Bogotá, 30 de enero-1 de febrero de 2002.

Conferencia sobre «Lealtad federal y Estado central», en el Seminario sobre «La lealtad Constitucional. La Constitución como orden de valores o como procedimiento», Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Alicante, 24 de octubre de 2002.

Participación con una ponencia acerca de «La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea» en una Mesa redonda sobre «La integración constitucional española en el Seminario sobre «La lealtad Constitucional. La Constitución como orden de valores o como procedimiento», Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Alicante, 25 de octubre de 2002.

Participación con una ponencia acerca de «Comunidades Autónomas y Unión Europea en la mesa redonda sobre «La cooperación entre las Entidades Territoriales», en las jornadas sobre «Veinticinco años de autonomías territoriales», organizadas por el Parlamento de Navarra y el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Navarra, jueves, 12 de diciembre de 2002.

Participación, con una sesión sobre ¿Como afecta a todo ciudadano la pertenencia de España a la Unión Europea? en el Módulo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid sobre Conocer y participar en la Unión Europea para la Universidad Permanente Millán Santos, de una hora y treinta de duración, Valladolid, 31 de marzo de 2003.

Participación en una Mesa redonda de organizado por el módulo Jean Monnet de la Facultad de Derecho de la UNED sobre Derechos Fundamentales y la Unión Eu-

ropea con una intervención sobre «Los derechos fundamentales en el proyecto de Constitución Europea, Madrid, 24 de junio de 2003.

Participación, con una conferencia sobre «Ciudadanía Europea», en el V Curso de Verano sobre la Unión Europea celebrado por el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 9 de julio de 2002.

Participación en una mesa redonda organizada por la Asociación DOSS sobre «El deterioro de la Democracia», Valladolid, 13 de noviembre de 2003.

Participación, con un módulo de 20 horas lectivas sobre «Vicios materiales y vicios formales de la ley», en el curso de Especialización en Derecho Constitucional y Parlamentario, organizado por la Universidad de Externado y la Universidad Autónoma de Madrid, Santa Fe de Bogotá, 8-12 de diciembre de 2003.

Participación, con una sesión sobre «¿Como afecta a todo ciudadano la pertenencia de España a la Unión Europea?», en el Módulo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid sobre Conocer y participar en la Unión Europea para la Universidad Permanente Millán Santos, de una hora y treinta de duración, Valladolid, 22 de marzo de 2004.

Participación en el curso de especialización organizado por el Instituto Simancas, de la Universidad de Valladolid, en el curso de «Especialista universitario en historia y ciencias sociales en el momento actual, con 0,5 créditos, el 18 de marzo de 2004.

Participación en una mesa redonda sobre «Los límites constitucionales del Estado de las Autonomías: el plan Ibarretxe y las propuestas de reforma del Estatuto Catalán. Fundación Universidad de Verano de Castilla y León, Castillo de Fuensaldaña, 11 de junio de 2004.

Conferencia sobre «Constitución Europea, Constitución española y Regiones», impartida en los XV Cursos de Postgrado en Derecho organizados por la Fundación General de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 23 de junio de 2004.

Conferencia sobre «La reforma del Senado», y participación en Mesa redonda sobre el mismo tema, en el curso sobre La Constitución y su Reforma, coordinado por G. Peces Barba, en los Cursos de Verano organizados por la Universidad Complutense de Madrid, El Escorial, 1 de julio de 2004.

Curso sobre «Autonomía parlamentaria y Estado de Derecho» en el Curso de especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 7-10 de junio de 2004, 8 horas.

Participación en el Módulo Jean Monnet del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid sobre «Unión Europea y Políticas Comunitarias», con una lección sobre «Competencias de la Unión», Valladolid, 12 de julio de 2004, 1 hora y 30 minutos.

Participación, con un módulo de 6 horas sobre «La garantía internacional de los derechos fundamentales: su proyección en el ámbito interno español en el Master en

Derechos fundamentales organizado por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, 14 y 15 de diciembre de 2004.

Coordinadora del Congreso «25 aniversario de la Constitución: educación y constitución» Fundación Universidad de Verano de Castilla y León, Junta de Castilla y León, Cortes de Castilla y León, Fuensaldaña, Valladolid, 27 de noviembre de 2003.

Coordinadora del Curso «Constitución Europea, Ciudadanos y Regiones, Fundación de Verano de Castilla y León, Junta de Castilla y León, Cortes de Castilla y León, Fuensaldaña, Valladolid, 22 de octubre de 2004.

Impartición de 1 crédito en el curso de Especialista Universitario en Historia y Ciencias Sociales en el momento actual, (Mención de calidad del Tercer ciclo, Dirección General de Universidades) impartido por el Instituto Simancas, en el bloque, «Derecho, Ciencia política e Historia del Poder.

Impartición de 1 crédito en el curso de Doctorado «Las ciencias sociales y los instrumentos del Historiador», (Mención de calidad del Tercer ciclo, Dirección General de Universidades) impartido por el Instituto Simancas, en el bloque, «Derecho, Ciencia política e Historia del Poder, 14 de marzo de 2005.

Participación con una lección sobre «Ciudadanía Europea», en el módulo sobre la Unión Europea del Programa Interuniversitario de la Experiencia, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 14 de abril de 2005, Valladolid.

Participación en una mesa redonda sobre «Democracia y Nuevas tecnologías» en el curso sobre «Derecho y Nuevas tecnologías» impartido por la Fundación Universidad de Verano de Castilla y León, Castillo de Fuensaldaña, Valladolid, del 16 al 16 de mayo de 2005.

Conferencia sobre «Las competencias de la Unión Europea», en el VII curso de verano sobre la Unión Europea, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 14 de julio de 2005, Valladolid.

Conferencia acerca de «Instrumentos de integración de la voluntad de las Comunidades Autónomas en el Estado y Europa» en el Curso sobre «La Reforma de la Constitución a debate» organizado por la Universidad Pablo de Olavide en Carmona, el día 13 de septiembre de 2005. 2 horas.

Participación, con un módulo de 8 horas sobre «La garantía internacional de los derechos fundamentales: su proyección en el ámbito interno español en el Master en Derechos fundamentales organizado por el Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2005.

Conferencia sobre «Reforma de la Constitución y Reforma de los Estatutos de Autonomía», dictada en el Club de Opinión Santiago Alba, Valladolid, 16 de febrero de 2006.

Impartición de 1 crédito en el curso de Especialista Universitario en Historia y Ciencias Sociales en el momento actual, (Mención de calidad del Tercer ciclo, Dirección General de Universidades) impartido por el Instituto Simancas, en el bloque, «Derecho, Ciencia política e Historia del Poder,

Curso 2005/6: 13 de marzo de 2006.

Curso 2006/7: 20 de marzo de 2007.

Impartición de 1 créditos en el curso de Doctorado «Las ciencias sociales y los instrumentos del Historiador», (Mención de calidad Aneca, referencia MCD 2003-00250) impartido por el Instituto Simancas, en el bloque, «Derecho, Ciencia política e Historia del Poder.

Curso 2005/6: 14 de marzo de 2005, 6 de marzo de 2006.

Curso 2006/7: 12 de marzo de 2007.

Participación, con una sesión sobre «¿Cómo afecta a todo ciudadano la pertenencia de España a la Unión Europea?», en el Módulo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid sobre Conocer y participar en la Unión Europea para la Universidad Permanente Millán Santos, de una hora y treinta de duración, Valladolid.

Curso 2005/6: 27 de marzo de 2006.

Curso 2006/2007: 26 de marzo de 2007.

Conferencia sobre «La distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros» en las IV Jornadas sobre la Constitución Europea, organizadas por la Cátedra Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo de la Universidad de Granada, el 27 de abril de 2006, Facultad de Derecho, Paraninfo de la Universidad.

Participación en la Mesa redonda sobre «Encuentro abierto e intercambio de experiencias» en el Curso sobre «El control externo de las Administraciones públicas IV. «Evaluación de Políticas» el 6 de julio de 2006, Audiencia de Cuentas de Canarias, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Universidad de Verano de MasPalomas, Gran Canaria.

Conferencia sobre «Mujeres y reconocimiento del derecho de voto. De la igualdad formal a la igualdad real y efectiva», Colegio de Abogados de Valladolid, Valladolid, 27 de octubre de 2006.

Conferencia sobre Competencias del Estado y competencias de las Comunidades Autónomas: la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, impartida en el Programa de Tercer ciclo «Fundamentos de Derecho Político», sede Central de la UNED, 22 de marzo de 2007.

Curso sobre Autonomía Parlamentaria y Estado de Derecho, Master de especialización en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Externado, Colombia, 19 al 13 de junio de 2007, 12 horas lectiva.

Conferencia sobre «La constitucionalidad de la listas paritarias» en el curso sobre «Mujer y Parlamento organizado por la Universidad Jaume I y las Cortes Valencianas, 15 de abril de 2008.

Conferencia de clausura en el curso sobre «La calidad de las Leyes», organizado por las Cortes Valencianas y las Universidad de Alicante, Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, 2 de marzo de 2009.

Participación en una mesa redonda sobre «La cuestión competencial tras las reformas estatutarias en el Curso sobre «El Estado Autonómico tras las reformas estatutarias y la intervención del Tribunal Constitucional», organizado por la Universidad Autónoma de Madrid y la Fundación Giménez Abad, Miraflores de la Sierra, 19 de septiembre de 2009.

Conferencia sobre «neutralidad y pluralismo de los medios de comunicación», en el Taller de Derechos Políticos organizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 21 de abril de 2010, 2 horas.

Curso sobre «Autonomía parlamentaria y control judicial: desafíos y dificultades», Maestría en Derecho parlamentario organizado por la Legislatura y la Universidad de San Pablo de San Miguel de Tucumán, Argentina, 7 y 8 de julio, 10 horas lectivas.

Conferencia sobre «La difícil relación de libertad e igualdad en el procedimiento electoral: neutralidad y pluralismo en los medios de comunicación», en el Curso de Verano organizado por la Fundación Universidad Rey Juan Carlos sobre Veinticinco años de Ley Electoral: balance y perspectivas de futuro», Aranjuez, 16 de julio 2010.

Moderación de una mesa redonda sobre el 17 de septiembre de 2010 «posición y tareas constitucionales del Estado central, en el Seminario sobre «El Estado del Estado Autonómico», 17-19 de septiembre, Residencia la Cristalera, Miraflores de la Sierra, Universidad Autónoma de Madrid.

Conferencia inaugural sobre «El Tratado de Lisboa y las facetas de la ciudadanía», en el Master en Integración Europea, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid, 8 de octubre de 2010.

Conferencia sobre «La influencia del federalismo en el concepto racional normativo de constitución y en el control de Constitucionalidad», pronunciada con ocasión de la presentación del núm. 6 de la Revista Fundamentos, Junta General del Principado de Asturias, 3 de febrero de 2011.

Módulo sobre «Justicia Electoral», impartido en el *Máster de Estudios Políticos Aplicados* (MEPA) de la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (*FIIAPP*), Madrid, 8 de febrero de 2011, Auditorio de la FIIAPP, 4 horas.

Conferencia inaugural sobre «Retos de los nuevos Estatutos de Autonomía», en el curso sobre «Los retos del Estatuto», Cortes Valencianas, CEU Universidad Cardenal Herrera, Valencia, 22 de febrero de 2011.

Curso sobre «Autonomía Parlamentaria y control jurisdiccional», Maestría de especialización en Derecho Constitucional y Parlamentario, Universidad de Externado Colombia, 12 horas, 13-15 de julio de 2011.

Módulo sobre «El derecho de Participación Política», en el *Master en Gobernanza y Derechos Humanos*, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Santillana y Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Po1anco, 3 horas, Madrid, 12 de abril de 2011.

Conferencia sobre «La evolución del Estado de las Autonomías», Facultad de Derecho, Universidad de Externado de Colombia, 15 de julio de 2011.

Moderación de una mesa redonda sobre «Las otras reformas posibles», 6 de septiembre de 2011, en el Seminario sobre *La reforma del Estado Autonómico*, 6-7 de septiembre, Residencia la Cristalera, Miraflores de la Sierra, Universidad Autónoma de Madrid.

Ponencia sobre «Algunas consecuencias prácticas de la reforma de la LOREG», Observatorio Electoral, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación de Segovia, 24 de noviembre de 2011.

Módulos sobre Justicia electoral, Constitucionalismo Comparado y Estado de Derecho», *Master de Estudios Políticos Aplicados*, Goberna (FIIAAP e Instituto Universitario Ortega y Gasset), 28 de febrero y 1 de marzo de 2012, 11 horas lectivas.

Curso sobre «El Estado Federal: modelos y definiciones» *Master Universitario en Derecho Constitucional*, 2011-2012, UIMP y CEPC, 21-27 de marzo de 2012, 20 horas lectivas.

Lección sobre «El Derecho de participación política» en el *Master en Gobernanza y Derechos Humanos*, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Santillana y Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Po1anco, 3 horas, Madrid, 20 de abril de 2012.

Seminario sobre «La dimensión de los derechos fundamentales en el periodo electoral» *Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Ciudad de México, 24 y 24 de mayo de 2012, 6 horas.

Curso de especialización sobre *Derechos fundamentales y Elecciones*, en la maestría de Derecho Público, Universidad de Externado, Bogotá, Colombia, 7-9 de noviembre de 2012, 12 horas lectivas.

Módulo sobre «El derecho de Participación Política, en en el *Master en Gobernanza y Derechos Humanos*, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Santillana y Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Po1anco, 4 horas, Madrid, 14 de marzo de 2013.

Conferencia sobre «Acceso individual a la Justicia constitucional, *Universidad Católica San Pablo, Arequipa*, Perú, 31 de mayo de 2013.

Conferencia sobre «*Ante la crisis de las instituciones, ¿qué reformas?» en el curso* sobre *Crisis de las instituciones y democracia*, Cátedra UNESCO de la Universidad de Málaga, 18 de julio de 2013.

Participación en Mesa redonda sobre «Referéndum-independencia-estado federal», dentro del *Curso de Verano Estado Autonómico/Estado federal*, 5 a 7 de septiembre de 2013, Miraflores de la Sierra, Universidad Autónoma de Madrid.

Participación en mesa redonda sobre ¿*Cuál es el futuro de la democracia en Europa*?, *Hay Festival*, Segovia, Palacio del Quintanar, 29 de septiembre de 2013.

Participación en mesa redonda sobre «Año europeo de la ciudadanía y momento de la integración política europea», *Reunión Anual de Redes de información europea,* Valladolid, 28-29 de octubre de 2013, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Parlamento Europeo, Comisión Europea.

Módulo sobre «El derecho de Participación Política», en el *Master en Gobernanza y Derechos Humanos,* organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Santillana y Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Po1anco, Santillana, 4 horas, Madrid, 13 de marzo de 2014.

Moderación de una mesa redonda sobre «Continuidad o rectificación centralista de la política territorial del Gobierno», en el Curso de corta duración sobre *El Estado Autonómico ¿El orden constitucional desbordado?,* Universidad Autónoma de Madrid, Miraflores de la Sierra, 4 de septiembre de 2014.

Conferencia sobre «Democracia directa y democracia representativa», en «*La crisis de la legitimidad representativa: ¿Un nuevo papel para los partidos políticos*? Centro Buendía, Universidad de Valladolid, 26 de noviembre de 2014.

Módulo sobre «El derecho de participación política», en el *Master en Gobernanza y Derechos Humanos*, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Santillana, Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, 10 de marzo de 2015, 4 horas.

Lección sobre «La selezione di candidati da un punto di vista comparato» *Universidad degli Studi di Verona*, Italia, 23 de abril de 2015, 3 horas.

Módulo sobre «Catalogna e lo Stato delle Autonomie *Università di Bologna, sede Ravenna* (Italia) Corso di Diritto Costituzionale Comparato, 6 horas, 20-22 de abril de 2014.

Presidencia e intervención en la mesa redonda sobre «Competencias y fuentes», curso sobre *El horizonte del Estado Federal,* organizado por la Universidad Autónoma de Madrid y la Fundación Giménez Abad Miraflores de la Sierra, 5 de septiembre de 2015.

Conferencia sobre «Los nuevos retos de la organización territorial», en el Curso de formación sobre *Los retos del constitucionalismo para los jueces en Iberoamérica*», organizado por la Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla, Sala Administrativa de la Rama Judicial del Poder Público, Consejo Superior de la Judicatura, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 17 de octubre de 2015.

Participación en la mesa redonda sobre ¿Qué hacemos con la Constitución?, organizada por *El País* y *Fundación alternativas*, Caixa Fórum, Madrid, 19 de noviembre de 2015.

Conferencia sobre «¿Que Federalismo para España?, en *Encuentro sobre Autonomía, Federalismo e Independencia,* Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Sevilla, 20 de noviembre de 2015.

Ponencias sobre «El régimen electoral general. Problemas abiertos: el voto de los españoles en el extranjero», en II *Ciclo de Seminarios «Retos y desafíos del Estado Español en el siglo XXI*, Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 21 de enero de 2016.

Seminario sobre «Principio di proporzionalità e selezione di candidati», *Seminario di Ricerca,* Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Italia, 10 de febrero de 2016.

Curso sobre «El derecho de Participación Política» en el *Master en Gobernanza y Derechos Humanos*, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Santillana, Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, Madrid, 10 de marzo de 2016, 4 horas.

Participación en mesa redonda y moderación mesa redonda en el Curso sobre *El Estado autonómico en acción*, Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Giménez Abad, Miraflores de la Sierra, Madrid, 8-10 de septiembre de 2016.

Curso sobre «El derecho de Participación Política» en el *Master en Gobernanza y Derechos Humanos*, organizado por la Universidad Autónoma de Madrid, Fundación Santillana, Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco, Madrid, 22 de marzo de 2016, 4 horas.

Ponencia sobre «Representación política, crisis de legitimidad, crisis institucional», en el curso sobre *La constitución y el constitucionalismo en tiempo de crisi*s, organizado por la UPV/UHU, San Sebastián, 4 de julio de 2017.

Seminario sobre «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre partidos políticos, Tribunal Constitucional de Chile, Chile, 20 de julio de 2017.

Ponencia sobre «Condiciones de legitimación de las Diputaciones; en particular, la alternativa de carácter representativo directo e indirecto», en el curso sobre *El futuro de la administración local y el papel de los gobiernos locales intermedios* Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Fundación Democracia y Gobierno Local, 11-13 de septiembre de 2017.

Ponencia sobre «Líneas de desarrollo del Estado Autonómico: plano territorial», curso sobre *El debate sobre las reformas concretas del modelo autonómico*, Residencia la Cristalera, Universidad Autónoma de Madrid, 8-10 de septiembre de 2017.

Conferencia sobre «Reforma de la Constitución y reforma del sistema electoral», en el curso sobre *El Parlamento autonómico ante la reforma constitucional*, Universidad Jaume I de Castellón. Corts Valencianas, Valencia, 13 de abril de 2018.

Ponencia sobre «cultura federal, pueblo y poder constituyente», en la mesa redonda sobre «Claves de la descentralización territorial en la España del futuro», en el curso sobre *Una lectura del Estado de las autonomías desde el autonomismo útil*, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Cortes y Junta de Castilla y León, Palacio de la Magdalena, Santander, 9 de julio de 2018.

Ponencia sobre «Cuestiones pendientes en el desarrollo del Estado autonómico», en el curso de formación continua sobre *El sistema autonómico en transformación: problemática esencial*, Residencia la Cristalera de la Universidad Autónoma de Madrid, 7-8 de octubre de 2018.

Conferencia de apertura sobre «La funcionalidad del referéndum en los ámbitos subcentrales de los Estados Compuestos» en la *Jornada sobre «Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, organizadas por la Fundación Fernando El Católico, Facultad de Derecho, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 28 de noviembre de 2018.

Participación en mesa redonda sobre «Calidad democrática, participación y Estado Autonómico», en la jornada sobre *Cambio generacional, política y Derecho Constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 11 de junio de 2019.

Curso de 15 horas de duración sobre «Estado Democrático» en el *Master sobre Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*, UAM y UNAPEC, República Dominicana, 21-23 de julio de 2019.

Seminario de 20 horas de duración sobre «La doble faz de la democracia directa. ¿Cesarismo o control del poder?, en el *Master Universitario de Derecho Constitucional*, CEPC, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 16-20 de diciembre de 2019.

Participación en mesa redonda sobre *Diálogos: Estado autonómico y federalismo*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 26 de febrero de 2020.

Participación en mesa redonda sobre «Reforma Constitucional: contenidos y condiciones políticas», en *Una mirada sindical a la Constitución española*, Escuela de Trabajo de CCOO, Madrid, 27 de febrero de 2020.

Lección sobre «La doble faz de la democracia directa», en el *Master Universitario de Derecho Constitucional*, CEPC, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 26 de noviembre de 2020.

Participación con una ponencia sobre «El día después: perspectivas de futuro ¿Hacia una regulación específica de las crisis sanitarias?», en el Curso sobre *Derecho a la salud en tiempos de pandemia,* organizado por la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, CU21032, 5-6 de mayo de 2021.

Curso sobre «Modelos de Justicia Constitucional», en el *Master Universitario de Derecho Constitucional* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 10 horas de duración, 26-28 de enero de 2022.

Participación con una ponencia acerca de «¿Libertad en la UE?» en el *III Ciclo España, ¿Un país de libertades?*, organizado por la Delegación de Alumnos de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 21 de abril de 2022.

Presidencia y dirección de mesa redonda en el curso sobre «El Estado autonómico tras la pandemia», Residencia La Cristalera, UAM, Miraflores de la Sierra, Madrid, 9 de septiembre de 2022.

Curso sobre «Modelos de Justicia Constitucional», en el *Master Universitario de Derecho Constitucional* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 10 horas de duración, 25-27 de enero de 2023.

Participación con una ponencia sobre «Diritti fondamentali in guerra» en el Seminario conclusivo de la XII edición del *Corso di alta formazione in giustizia constituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Universidad de Pisa, Pisa, 3 de febrero de 2023.

Conferencia sobre «La organización territorial del Estado», impartida en el *XVIII Curso de pasantías para alumnos municipalistas iberoamericanos*, organizado por la Organización Iberoamericana de cooperación intermunicipal (OICI), Ayuntamiento de Valladolid y FEM, Valladolid, 7 de febrero de 2023.

Conferencia sobre «Monarquía, parlamentarismo e independencia judicial en épocas de populismo», organizada por la Cátedra Monarquía Parlamentaria, Facultad de Derecho de Burgos, 14 de marzo de 2023.

Conferencia sobre «Constitución y resiliencia al populismo», Club de Opinión Santiago Alba, Valladolid, 13 de diciembre de 2023.

Curso sobre «Modelos de Justicia Constitucional», en el *Master Universitario de Derecho Constitucional* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 10 horas de duración, 24-26 de enero de 2024.

Participación con una ponencia sobre «Hiperpresidencialismo, populismos y actos antidemocráticos» en el Seminario conclusivo de la XIII edición del *Corso di alta formazione in giustizia constituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Universidad de Pisa, Pisa, 2 de febrero de 2023.

Curso de 8 horas sobre «Instituciones, democracia y gobernanza» impartido en el Curso de doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad de Mindelo, Cabo Verde, 18-22 de marzo de 2024, https://um.edu.cv/curso/doutoramento-ciencias-sociais/.

12. Premios y ayudas recibidas

Premio Extraordinario de Doctorado (11-III-1986).

Beca del Instituto Nacional de Asistencia y Promoción estudiantil (MEC) para la realización de tesis doctorales (8-XI-1977).

Contrato de investigación con el Centro de Estudios Constitucionales adjudicado el 15 de febrero de 1985.

Ayuda de la Universidad de Valladolid para la celebración de unas Jornadas de Estudio sobre El Procurador del Común: Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas, organizadas por las Cortes de Castilla y León y el Area de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid y celebradas en Valladolid el 27 y 28 de octubre de 1994.

Ayuda de la Consejería de Cultura de la Junta de Castilla y León y de la Universidad de Valladolid para la celebración de un Encuentro Científico en la Universidad de Valladolid sobre «Ciudadanía y extranjería: derecho nacional y derecho comparado», celebradas en la Universidad de Valladolid, en octubre de 1995.

Participación en el Programa de Cooperación del ICI, Intercampus/E. AL., en junio de 1996, para impartir dos cursos monográficos de doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario (Argentina) y en la Universidad de Externado (Colombia).

Concesión de una ayuda de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León para la organización de un Curso de Instituciones Comunitarias, celebradas en Valladolid del 9 al 13 de diciembre de 1996.

Concesión de una ayuda del Plan de Movilidad de Personal Investigador de la Universidad de Valladolid, en febrero de 1999, para una estancia de quince días en el *Instituto di Diritto P*ubblico de la Universidad «La Sapienza», de Roma

Concesión de una ayuda del Vicerrectorado de la Universidad de Valladolid para la realización de un congreso sobre «Autonomía y Construcción Constitucional de Europa», el 7 de abril de 2000.

Concesión de una ayuda de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León para la celebración de un congreso sobre «Autonomía y Construcción Constitucional de Europa», por notificación de 15 de mayo de 2000.

Concesión de una propuesta de Movilidad de Personal Docente dentro del marco del Programa Eurasmus+ durante el curso académico 2014-15 en el *Alma Mater studiorum Università di Bologna*, por una duración de cinco días.

13. Estancias en Universidades Extranjeras

Estancia en el *Instituto di Diritto Pubblico* de la Universidad «La Sapienza», Roma, abril de 1999.

Estancia en la *Law School de la Universidad de Harvard*, como Emilë Noel Fellow, mayo-junio de 2002.

14. Organización de congresos, seminarios y jornadas de estudio

Dirección del XXI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España sobre *Constitución y elecciones*, Valladolid, 7-8 de marzo de 2024, https://www.acoes.es/congreso-en-curso/

Dirección del seminario sobre *La influencia de los estándares nacionales sobre la participación política*, organizado por el Grupo de Investigación Reconocido en Derecho Constitucional, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 10 de septiembre de 2021.

Coordinación de la Jornada sobre *Constitución, autonomía y sociedad*, Cortes de Castilla y León, Universidad de Valladolid, Instituto de Estudios Europeos, 18 de mayo de 2018.

Coordinación de un *Seminario Internacional sobre Partidos Políticos y mediaciones de la democracia directa*, en el marco del proyecto de Investigación sobre «Crisis de la representación y partidos Políticos (DER2013-40585-P), Ministerio de Economía y competitividad. Valladolid, 14 de abril de 2016.

Organización de un Seminario Internacional sobre *Formas de Democracia directa en el Derecho Comparado*, en el marco del proyecto de Investigación sobre «Crisis de la representación y partidos Políticos (DER2013-40585-P), Ministerio de Economía y competitividad.

Coordinación del Simposium «*Gyeongsangbuk-do Spain: Invigoration of exchange about Economy, Industry, Culture, Education*», Universidad de Valladolid, Yeungnam University, Corea, Facultad de Derecho Universidad de Valladolid, 16 de julio de 2014.

Dirección de las jornadas sobre *Partidos Políticos y fortalecimiento de la democracia representativa,* organizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 24-15 de noviembre de 2013.

Como directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y, en materia relacionada con la actividad: Foros académicos organizados sobre «*La Reforma de la Ley Orgánica de Régimen electoral*», «*Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana* europea»; «*Procedimiento de designación parlamentaria de cargos políticos» y La sustitución temporal de los representantes políticos.* Los resultados de estas jornadas, en las que participaron destacados académicos españoles y extranjeros, fueron publicados en los volúmenes 18, 19, 24 y 25 de la Colección FOROS del CEPC (http://www.cepc.gob.es/publicaciones/publicacionesdigitales/coleccion-foro)

En colaboración con el Consejo de Estado, el CEPC organizó unas jornadas sobre la Reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, editadas posteriormente por el CEPC bajo la dirección de Paloma Biglino y Francisco Rubio Llorente en el volumen «*Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*», Madrid, 2009. ISBN 9788425914591.

Coordinadora de las Jornadas de Estudio sobre El Procurador del Común: Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas, organizadas por las Cortes de Castilla y León y el Area de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid y celebradas en Valladolid el 27 y 28 de octubre de 1994.

Coordinadora del Encuentro científico sobre «Ciudadanía y Extranjería: derecho nacional y derecho comparado», celebradas en la Residencia Universitaria de Sedano (Universidad de Valladolid), el 20 y 21 de octubre de 1995.

Coordinación del Curso de Instituciones Comunitarias, organizado por el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid y la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Castilla y León y celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 9-13 de diciembre de 1996.

Miembro del Comité científico del Congreso interdisciplinar Valladolid: hoy y mañana. Presente y futuro de la Ciudad, organizado por el Ayuntamiento de Valladolid, del 14 al 18 de octubre de 1996. Presidente de mesa de la sesión de tarde del 17 de octubre.

Coordinación del ciclo de conferencias sobre Europa ante los desafíos del año dos mil, patrocinada por la Cátedra Ramón Carande de la Universidad de Valladolid. Paraninfo de la Universidad de Valladolid, octubre-noviembre de 1997.

Coordinación del Congreso Internacional sobre «Los derechos de los ciudadanos y los derechos de los pueblos de Europa, Residencia de Sedano de la Universidad de Valladolid, 27 y 28 de octubre de 2000.

Coordinadora del Congreso «25 aniversario de la Constitución: educación y constitución» Fundación Universidad de Verano de Castilla y León, Junta de Castilla y León, Cortes de Castilla y León, Fuensaldaña, Valladolid, 27 de noviembre de 2003.

Coordinadora del Curso «Constitución Europea, Ciudadanos y Regiones, Fundación de Verano de Castilla y León, Junta de Castilla y León, Cortes de Castilla y León, Fuensaldaña, Valladolid, 22 de octubre de 2004.

Dirección de las Jornadas de Estudio sobre «El control externo de las cuentas públicas en la Comunidad de Castilla y León», organizadas por el Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid con la colaboración de la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León, Valladolid, 21 de octubre de 2005.

Dirección de las Jornadas sobre «El proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía: la reforma en la Comunidad Autónoma de Castilla y León», Valladolid, Facultad de Derecho, 19 y 20 de octubre de 2006. Estas jornadas fueron objeto de una ayuda, convocada por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, Orden EDU/1441/2005, de 27 de octubre («BOC y L» núm. 212, de 3 de noviembre), resuelta por Orden EDU/704/2006, de 27 de abril; asimismo, recibieron una Ayuda de la Universidad de Valladolid en el programa de Ayudas para la realización de jornadas científicas.

Dirección de las Jornadas sobre «Contencioso-electoral y amparo electoral frente a proclamación de candidatos: perspectiva actual y propuesta de reform»a. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 14 de diciembre de 2007.

15. Informes y transferencia de resultados

Informe sobre «Perspectiva actual de las Leyes de Armonización, elaborado para *Goberna* (Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Pública) Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio de Administraciones Públicas, mayo de 2005. Publicado como documento de trabajo núm. 23.

Participación en la elaboración de los siguientes Informes como miembro de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado (http://www.consejo-estado.es/bases.htm

Informe sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General (24 de febrero de 2009).

Informe sobre la adaptación del ordenamiento jurídico español y europeo contra la pesca ilegal (17 de julio de 2009).

Informe sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias (14 de abril de 2010).

Informe sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario (15 de diciembre de 2010).

Informe sobre anuncios de contenido sexual y prostitución en prensa (9 de marzo de 2011).

Participación en la redacción de la «Opinion on the Draft Organic Law of the Public Prosecutor's office of Bolivia, adopted by de Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, 25-26 March 2011, on the basis of comments by Paloma Biglino, (Spain) Nicolás Cabezudo (expert) y Harry Gstöl, (Member, Liechtenstein). https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)007-e

Participación en la redacción de la «Opinion on the Draft Law on Amendments to the Law on Political parties of the Republic of Azerbaijan adopted by the Venice Commission at its 89th Plenary Session, Venice (16-17 December 2011), on the basis of comments by Ms Paloma Biglino Campos (Member, Spain) Mr James HAMILTON (Substitute member, Ireland) Mr Nicolae ESANU (Member, Moldova). https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2011)046-e.

Participación en la redacción de la «Opinion on the Federal Law núm. 51-FZ on the Elections of Deputies of The State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation, adopted by Adopted by the Council for Democratic Elections at its 40th meeting (Venice, 15 March 2012) and by the Venice Commission at its 90th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2012), on the basis of the comment by Paloma Biglino, Carmen Alanis (Member, México) y Mr James Hamilton (Substitute member, Ireland).

Misión con la Comisión de Venecia para elaborar un informe acerca de la legislación Electoral Mexicana, Ciudad de México, México, 12-14 de noviembre de 2012.

Participación en la redacción de la «Opinion on the Electoral Legislation of Mexico», adopted by the Council for Democratic Elections at its 45th meeting (Venice, 13 June 2013) and by the Venice Commission at its 95th Plenary Session (Venice, 14-15 June 2013) on the basis of comments by Ms Paloma Biglino (Member, Spain) Mr Srdjan DARMANOVIC (Member, Montenegro) Mr Evgeni TANCHEV (Member, Bulgaria). https://www.te.gob.mx/dgrii/media/files/0cd7f3bb71db070.pdf

Misión para la Comisión de Venecia y OSCE/ODHIR para elaborar un informe acerca de la reforma de la legislación electoral de la República de Moldavia, Chisinau, 20-23 de enero de 2014.

Participación en la redacción del «Report on the method of nomination of candidates within political parties» adopted by the Council for Democratic election at its its 51th meeting (Venice, 18 June 2015) and by the Venice Commission at its 103rd Plenary Session, (Venice, 19-20 June 2015), on the basis of the comments of Alanis

Figueroa, Carmen, Biglino Campos, Paloma, Craig, Paul, Vermeulen, Ben. https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)020-e

Misión preparatoria para la preparación del Informe sobre Reforma del Código Electoral para la Comisión de Venecia, Ereván, Armenia, del 12 al 17 de marzo de 2016.

Participación en la redacción de «Armenia «Joint Opinion on the draft electoral code as of 18 April 2016, endorsed by the Council of Democratic Elections at its 55th meeting (Venice, 9 June 2016) and by the Venice Commission at its 107th Plenary session (Venice, 10-11 June 2016) on the basis of the comments of Barret, Richard; Biglino, Paloma; Tanchev; Evgeni;Vollan, Kåre; Vashchanka, Vasil, CDL-AD(2016)019, http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)019-e

Participación en la redacción de «*Armenia – Second Joint Opinion on the draft electoral code (as amended on 30 june 2016)*», endorsed by the Council of Democratic Elections at its 56th meeting (Venice, 13 October 2016) and by the Venice Commission at its 108th Plenary session (Venice, 10-11 June 2016) on the basis of the comments of Barret, Richard; Biglino, Paloma; Tanchev; Evgeni;Vollan, Kåre; Vashchanka, Vasil, http://www.osce.org/odihr/elections/armenia/275511?download=-true

Participación en la redacción «*Armenia. Joint Opinion on the Draft Constitutional Law on Political Parties,* CDL-AD (2016)038, adopted by the Council for Democratic Elections at its 57th meeting (Venice, 8 December 2016) and by the Venice Commission at its 109th Plenary Session (Venice, 9-10 December 2016) on the basis of comments by R. Barret, P. Biglino, S. Darmanovic, B. Jouan-Stonestreet, R. Katz.

Exposición sobre «La reforma de la ley electoral» ante el *Grupo de Trabajo para la reforma de la Ley Electoral* del *Parlamento de Andalucía*, 14 de febrero de 2017.

Participación en la redacción de «*Venezuela. Opinion on the legal issues raised by Decree núm. 2878 of 23 may 2017 of the President of the Republic on calling elections to a National Constituent Assembly*» endorsed by the Venice Commission at its 112th Plenary Session (Venice, 6-7 October 2017), on the basis of comments by Ms Paloma Biglino (Substitute member, Spain), Ms Veronika BÍLKOVÁ (Member, Czech Republic), Mr Kaarlo TUORI (Member, Finland), Mr José Luis SARDON (Member, Peru), Mr José Luis VARGAS VALDEZ (Substitute member, Mexico).

Intervención en la *Opening Ceremony of the 3th ArabEMBs General Assembly Meeting*, Amman, Jordania, en representación de la Comisión de Venecia, Dead Sea, Jordania, 3 febrero 2019.

Participación en la redacción de *Armenia. Joint urgent opinion on the amendments to the electoral Code and related legislation* on the basis of comments (CDL-PI(2021)006-e) endorsed by the Venice Commission at its 127th Plenary Session (Venice and on-

line, 2-3 July 2021) on the basis of the comments by Mr Richard BARRETT (Member, Ireland), Ms Paloma Biglino Campos (Substitute Member, Spain), Mr Eirik HOLMØYVIK (Substitute Member, Norway), Mr Oliver KASK (Member, Estonia), Ms Eirini-Maria GOUNARI (Expert, OSCE/ODIHR). https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2021)006-e

Participación en la redacción de *Ukraine. Joint Opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR on the draft law «On Improving The Procedure For Establishing The Impossibility Of Holding National And Local Elections, All-Ukrainian And Local Referenda In Certain Territories And Polling Stations»* (CDL-AD(2021)045-e adopted by the Venice Commission at its 129th Plenary Session (Venice and online, 10-11 December 2021), on the basis of the comments by Richard BARRETT (Member, Ireland), Paloma Biglino Campos (Substitute Member, Spain), Marla MORRY (Expert, OSCE/ODIHR), https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)045-e

Participación en la redacción de *Mexico. Opinion on the draft constitutional amendments concerning the electoral system*. Approved by the Council for Democratic Elections at its 74th meeting (20 October 2022) and adopted by the Venice Commission at its 132nd Plenary Session (Venice, 21-22 October 2022), (CDL-AD(2022)031-e), on the basis of comments by Ms Paloma Biglino Campos (Substitute Member, Spain) Mr Srdjan DARMANOVIĆ (Member, Montenegro) Mr Michael FRENDO (Member, Malta) Mr Oliver KASK (Substitute Member, Estonia), https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2022)031-e

Participación en la redacción de *France – Interim opinion on the Article 49.3 of the Constitution*, adopted by the Venice Commission at its 135th Plenary Session (Venice, 9-10 June 2023), CDL-AD(2023)024, on the basis of comments by Mr. Nicos Alivizatos, Mr. Richard Barret, Ms. Paloma Biglino, Ms. Marta Cartabia, Mr. Philip Dimitrov, Mr. Christoph Grabenwarter, Mr. Dan Meridor, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2023)024-e

Participacion en la redacción de *Report on the relations between Parliament and the Government: confidence and responsibility*, adopted by the Venice Commission at its 139th Plenary Session (Venice, 21-22 June 2024) CDL-AD(2024)016-e, on the basis of comments by Mr Nicos Alivizatos, Mr Richard Barrett, Ms Paloma Bigli-

Observación elecciones Ucrania, como miembro de la Comisión de Venecia, en misión de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, 23-26 octubre 2014.

Observación elecciones Rusia, como miembro de la Comisión de Venecia, en misión de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, 30 nov.-5 dic. 2011.

Observación de las elecciones presidenciales en México, en representación de la Comisión de Venecia por invitación del TEF e INE, 27 mayo-1 junio 2018.

Observación elecciones Duma Rusia, Ucrania, como miembro de la Comisión de Venecia, en misión de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, 17-20 septiembre 2021.

16. Experiencia evaluadora

Miembro del Comité de Evaluación de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Agencia de Calidad Universitaria de las Islas Baleares, nombrada por acuerdo 5/2004 del Consejo de Dirección de dicha entidad para el bienio 2004/2006.

Evaluadora del Servicio de Publicaciones del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Presidencia del Gobierno (2005).

Evaluadora de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva, octubre de 2005, Convocatoria de Proyectos de investigación de la Comunidad Autónoma de Madrid, octubre de 2005. Convocatoria Ayudas a Proyectos de Investigación de la Comunidad de Castilla y León, 2007.

Evaluadora de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva para el Programa Nacional de ayudas para la movilidad de Profesores de Universidad e Investigadores españoles en el extranjero, convocado por resolución de 14 de septiembre de 2005, (BOE de 29 de septiembre de 2005) de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación.

Evaluadora de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva, Convocatoria Ayudas a Proyectos de Investigación de la Comunidad de Castilla y León, 2007.

Evaluadora de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva, Convocatoria proyectos investigación Ministerio de Economía e Investigación 2014.

Evaluadora de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria, para la convocatoria de 2007 de «Proyectos de Excelencia» de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

Miembro de la Comisión de Selección de Proyectos Nacionales de Investigación en el Marco del marco del Plan Nacional del I+D+I 2004-2007, Área de Ciencias Jurídicas, Ministerio de Educación y Ciencia, Dirección General de Investigación, convocatoria 2005, 2006, 2007, 2009.

Miembro de la Comisión de Ciencias Jurídicas y Sociales para la Acreditación nacional del Cuerpo de Catedráticos de Universidad, nombrada por el Consejo de Coordinación Universitaria. (Resolución de 5 de diciembre de 2007, BOE 14 diciembre 2007).

Evaluadora de proyectos para el MIUR (Ministero dell'istruzione, della Universitá e della pubblica ricerca, Italia), convocatorias 2011, 2012.

Programa Academia (ANECA). Responsabilidad desempeñada: Evaluación de Profesorado. Fecha de inicio: 2013-2015.

Evaluación Proyectos de Investigación, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 04/09/2014-10/09/2014.

Evaluadora de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva, Convocatoria Plan Estatal Retos I+D, proyectos tipo B, 2014.

Evaluación para el Mineco de proyectos de investigación de la Generalita Valenciana (Subvenciones grupos de investigación consolidables 19), 2019.

17. Colaboración con medios de comunicación y actividades de divulgación (A partir de 2014)

Participación en mesa redonda organizada por el Diario El Norte de Castilla sobre «Las próximas elecciones europeas», Valladolid, 7 de mayo de 2014.

intervención en informativos de RTCYL sobre el referéndum en Escocia, 18 de septiembre de 2014.

intervención en informativos de RTCYL sobre referéndum en Cataluña, 29 de septiembre de 2014.

Colaboración en reportaje de J. Lobo sobre *¿derecho a la intimidad o derecho a la información?* Juristas «censuran» a la prensa: la foto íntima de la enferma de ébola no debió publicarse, El Confidencial, 15 de octubre de 2014, http://www.elconfidencial.com/espana/2014-10-16/juristas-censuran-a-la-prensa-la-foto-intima-de-la-enferma-de-ebola-no-debio-publicarse_239290/

Artículo en *El País*, 20 octubre 2014, «Mejorar la Democracia», http://politica.elpais.com/autor/paloma_biglino_campos/a/

Conferencia impartida en el Ateneo de Valladolid «Referéndum, Crisis económica y e integración europea, Valladolid, 17 de octubre de 2016,

«Referéndum, Crisis económica y e integración europea», Gaceta Cultural Ateneo de Valladolid, septiembre de 2016, núm. 78, pp. 14-16.

«Sólo ante el peligro», *Revista Contexto*, núm. 155, febrero de 2018, http://ctxt.es/es/20180207/Firmas/17783/Tribunal-constitucional-evolucion-politica-catalunya.htm

Conferencia sobre «Constitución, partidos políticos y Parlamento», en el ciclo de conferencias sobre el 40 aniversario de la Constitución Española organizado por el Ayuntamiento de Tres Cantos (Madrid) y la UAM, Madrid, 29 de mayo de 2018.

Conferencia sobre «Reglas de juego y Constitución» Ateneo de Valladolid, Casa Revilla, Valladolid, 10 de octubre de 2018.

Artículo en *El País*, 6 de diciembre 2018, «Empezar la casa por el tejado», https://elpais.com/politica/2018/11/28/actualidad/1543424851_447491.html

«La democracia no se puede dar por segura», entrevista de Ángel Munarriz en *Infolibre*, 7 de diciembre de 2018, https://www.infolibre.es/noticias/politica/2018/12/07/paloma_biglino_democracia_no_puede_dar_por_segura_89611_1012.html

Intervención en informativos de RTCyL sobre el 40 aniversario de la Constitución, 5 de diciembre de 2018.

«En el corazón de Europa: la independencia del poder judicial» *Revista Grand Place, Pensamiento y Cultura*, Fundación Mario Onaindia, 2018. ISSN2386-429X.

«Atando cabos», diarios del grupo Vocento, 14 de marzo de 2019, https://www.elnortedecastilla.es/nacional/atando-cabos-paloma-biglino-20190314225826-ntrc.html

En el corazón de Europa: la independencia del poder judicial», *Revista Grand Place, Pensamiento y Cultura*, 4 de junio de 2019, Círculo de Bellas Artes, Madrid.

Participación en la presentación del libro «La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarria, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 22 de octubre de 2019.

Colaboración con «Hora 25», Cadena Ser, jueves 31 de noviembre de 2019.

Moderación de mesa redonda sobre «Miradas del 78: la transición contada por sus protagonistas», en la *Jornada Día de la Constitución 2020. El día de todos*, organizada por la Junta de Castilla y León, Valladolid, 4 de diciembre de 2020.

«¿Qué puede hacer la Constitución por las mujeres?», *Revista Registradores*, núm. especial 8 M, miércoles, marzo 10, 2021, https://revistaregistradores.es/que-puede-hacer-la-constitucion-por-las-mujeres/

Participación, con un video, en el XX aniversario de la Fundación Manuel Giménez Abad, 6 de mayo de 2022, https://www.youtube.com/watch?v=YGt2GQiQud4

«Mujer y Constitución. Tareas pendientes para cumplir con el pacto constitucional, *Gaceta cultural Ateneo de Valladolid*, octubre de 2022, núm. 69, pp. 5-9.

Entrevista en CyLTV acerca del 40 aniversario del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, 13 de febrero de 2023.

Participación en informativo de CyLTV acerca de la LOREG, 13 de marzo de 2023.

Participación con un video sobre «La independencia judicial» en *La Universidad responde*, CRUE, TVE, 19 de abril de 2023, https://www.youtube.com/playlist?list=PLSbo9kXA_LcxnAtusGw0ZO87c7JNq9SeU

Colaboración para la redacción del artículo de Mónica Ceberio Belaza sobre «Los desafíos del nuevo CGPJ: encontrar una fórmula de consenso que evite bloqueos y excesos» *El País*, 30 de junio de 2024, https://elpais.com/espana/2024-06-30/los-desafios-del-nuevo-cgpj-encontrar-una-formula-de-consenso-que-evite-bloqueos-y-excesos-partidistas-y-convenza-a-europa.html

LA CONSTITUCIÓN COMO FORMA DE LA DEMOCRACIA. Este libro plasma el tributo de un nutrido número de autores españoles y extranjeros a la profesora Biglino Campos. En el momento en que pasa a ser catedrática emérita de la Universidad de Valladolid, diversos autores examinan su trayectoria universitaria y científica y ofrecen diversas contribuciones sobre la Constitución, el Parlamento y la división de poderes, la jurisdicción constitucional, la amnistía, los derechos fundamentales, el Estado autonómico y Europa e Iberoamérica. Algunas de estas aportaciones confrontan con algunas de las tesis defendidas por la profesora Biglino Campos a lo largo de su fructífera carrera, trayendo a la actualidad viejos debates y planteando otros nuevos.

Edmundo Matia Portilla
Letrado de las Cortes de Castilla y León

Francisco Balaguer Callejón
(Universidad de Granada)
Catedrático de Derecho Constitucional

Francisco Caamaño
(Universidade da Coruña)
Catedrático de Derecho Constitucional

Ángel J. Gómez Montoro
(Universidad de Navarra)
Catedrático de Derecho Constitucional

Ignacio González García
(Universidad de Murcia)
Profesor Titular de Derecho Constitucional

José Luis García Guerrero
(Universidad de Castilla-La Mancha)
Catedrático de Derecho Constitucional

Ricardo Chueca Rodríguez
(Universidad de La Rioja)
Catedrático emérito Derecho Constitucional

Óscar Sánchez Muñoz
(Universidad de Valladolid)
Profesor titular(acreditado como catedrático) de Derecho Constitucional

Gregorio Cámara Villar
(Universidad de Granada)
Catedrático emérito de Derecho Constitucional

José Tudela Aranda
Secretario General
Fundación Manuel Giménez Abad

Mª del Camino Vidal Fueyo
(Universidad de Burgos)
Profesora Titular de Derecho Constitucional

Yolanda Gómez Lugo
(Universidad Carlos III de Madrid)
Profesora Titular de Derecho Constitucional

Isabel M. Giménez Sánchez
(Universidad Autónoma de Madrid)
Profesora Titular de Derecho Constitucional

Luis E. Delgado del Rincón
(Universidad de Burgos)
Catedrático de Derecho Constitucional

Juan Fernando Durán Alba
(Universidad de Valladolid)
Profesor Titular de Derecho Constitucional

Carlos Ortega Santiago
Letrado de adscripción temporal del Tribunal Constitucional

Ana Ruiz Legazpi
(Universidad Autónoma de Madrid)
Abogada
Profesora Derecho Constitucional

Kamel Cazor Aliste
(Universidad Católica del Norte-Chile)
Profesor (CAUN) de Derecho Constitucional

Manuel Aragón Reyes
Catedrático emérito de Derecho Constitucional
Magistrado emérito del Tribunal Constitucional

Fernando Simón Yarza
(Universidad de Navarra)
Catedrático de Derecho Constitucional

Josu de Miguel Bárcena
(Universidad de Cantabria)
Profesor titular de Derecho Constitucional

Ascensión Elvira Perales
(Universidad Carlos III de Madrid)
Catedrática de Derecho Constitucional

Fernando Rey Martínez
(Universidad de Valladolid)
Catedrático de Derecho Constitucional

Lucio Pegoraro
Profesor de la Cátedra de Derecho Comparado «prof. Lucio Pegoraro» de la Universidad de Salamanca

Anna Mastromarino
(Università di Torino)
Profssoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato

Juan María Bilbao Ubillos
(Universidad de Valladolid)
Catedrático de Derecho Constitucional

Francisco Javier Matia Portilla
(Universidad de Valladolid)
Catedrático de Derecho Constitucional

Mª Aránzazu Moretón Toquero
(Universidad de Valladolid)
Profesora Titular de Derecho Constitucional

María Luz Martínez Alarcón
(Universidad de Castilla-La Mancha)
Catedrática de Derecho Constitucional

Juan José Solozabal Echavarria
(Universidad Autónoma de Madrid)
Catedrático emérito Derecho Constitucional

Andrés Iván Dueñas Castrillo
(Universidad de Valladolid)
Profesor permanente laboral de Derecho Constitucional

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
(Universidad Autónoma de Madrid)
Catedrático de Derecho Constitucional

César Aguado Renedo
(Universidad Autónoma de Madrid)
Catedrático de Derecho Constitucional

Agustín S. de Vega
Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

Javier Tajadura Tejada
[Universidad del País Vasco (UPV/EHU)]
Catedrático de Derecho Constitucional

Antonio López Castillo
(Universidad Autónoma de Madrid)
Catedrático de Derecho Constitucional

Alberto Macho Carro
(Universidad de Valladolid)
Profesor Ayudnte Doctor Derecho Constitucional

Josep Maria Castellà Andreu
(Universitat de Barcelona)
Catedrático de Derecho Constitucional

Cecilia Mora Donatto
(Instituto Investigaciones Jurídicas UNAM)
Investigadora Titular Definitiva

Paula Robledo Silva
(Universidad Externado de Colombia)
Docente e investigadora

Janeyri Boyer Carrera
(Pontificia Universidad Católica del Perú)
Profsora ordinaria asociada Facultad de Derecho

VENICE COMMISSION COMMISSION DE VENISE
COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE
GOBIERNO DE ESPAÑA MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
EDICIONES Universidad de Valladolid
instituto de estudios europeos Universidad de Valladolid
fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico